Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

begründet von

D. Christian Friedrich von Glück

fortgesetzt von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch, D. Eduard Fein, D. Karl Ludwig Arndts v. Arnesberg

und nach deren Tode

neben D. Hugo Burckhard, D. Karl Ritter von Czyhlarz, D. Burkhard Wilh. Leist, D. August Ubbelohde

von

D. Karl Salkowski,
o. Professor der Rechte in Königsberg i/Pr.

Neun und vierzigster Theil.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1889.

(Fortsetzung auf der nächsten Umschlagseite.)

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach Hellfeld
ein Commentar

begründet von
D. Christian Friedrich von Glück
fortgesetzt von
D. Christian Friedrich Mühlenbruch, D. Eduard Fein,
D. Karl Ludwig Arndts v. Arnesberg
und nach deren Tode
neben D. Hugo Burckhard, D. Karl Ritter von Czyhlarz,
D. Burkhard Wilh. Leist, D. August Ubbelohde
von
D. Karl Salkowski,
o. Professor der Rechte in Königsberg i/Pr.

Neun und vierzigster Theil.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1889.

Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.

Vorwort.

Als vor schon geraumer Zeit seitens des Inhabers der Verlagshandlung die ehrenvolle Aufforderung an mich erging, die Fortsetzung der durch das Dahinscheiden des um die Wissenschaft so hochverdienten Arndts unterbrochenen Bearbeitung der Lehre von den Vermächtnissen zu übernehmen, bin ich derselben vielleicht etwas unbesonnen nachgekommen, indem ich die Schwierigkeit der gestellten Aufgabe unterschätzte und mich über die gleich anfangs auftauchenden Bedenken zu leicht hinwegsetzte. Um so deutlicher wurde ich mir dieses Wagnisses während der Ausführung der Arbeit bewußt. Ist es schon überhaupt eine mißliche Aufgabe, die von einem Anderen begonnene wissenschaftliche Arbeit weiter fortzuführen, so wird dieselbe um so bedenklicher, wenn der Vorgänger ein Gelehrter von dem Rufe wie der Verfasser der letzten Bände dieses Commentars war, und zumal da diese selbst sich als ein in Inhalt und Form gleich hervorragendes Werk darstellen, dessen Bedeutung allgemeine Anerkennung gefunden hat. Die Besorgniß, eine solches Vorgängers nicht würdige Fortsetzung zu

liefern, die allzusehr gegen das Werk desselben abstechen könnte, macht zaghaft; und sie beeinträchtigte und verzögerte nicht unerheblich die Fertigstellung der Arbeit, welche ich unmuthig öfters zurücklegte und einmal schon ganz aufzugeben entschlossen war. Indem nun endlich die Fortsetzung doch in die Oeffentlichkeit tritt, fühle ich mich vor Allem verpflichtet, der Verlagshandlung für die entgegenkommende Nachsicht zu danken, welche sie meiner langen Säumniß hat angedeihen lassen.

Der vorliegende Band, welcher sich mit der Vermächtnißforderung und den Vermächtnißklagen beschäftigt, enthält den Schluß der Erläuterung des 30.—32. Buches der Pandekten und somit der allgemeinen Grundsätze von den Vermächtnissen. Wenn er umfangreicher geworden ist als die vorangehenden Bände, so hat dies seinen Grund darin, daß hier nothwendig auf manche nicht eigentlich dem Rechte der Vermächtnisse angehörige Lehren näher eingegangen und zu den dort sich erhebenden, zum Theil streitigen Fragen Stellung genommen werden mußte. Auch ließ es sich nicht umgehen, einige bereits von Arndts erörterte Punkte nochmals zu berühren und wenigstens eine Nachlese zu bieten. Endlich ist, wie mir scheint, eine gewisse Ausführlichkeit der Behandlung schon durch den Plan des Commentars geboten, der namentlich eine erschöpfende Ausbeutung des Quellenmaterials verlangt, wobei auch der Exegese ein angemessener Raum gelassen werden muß. In dieser Hinsicht konnte ich mir nur die Darstellung meines Vorgängers zum Vorbild nehmen. Daß der Plan des Commentars auch eine umfassende Berücksichtigung der ge-

sammten Literatur zur Pflicht mache, wie eine solche schon den von Glück selbst bearbeiteten Theilen einen bleibenden hervorragenden Werth verleiht, ist bereits von den früheren Fortsetzern des Commentars (Mühlenbruch und Fein in der Vorrede zum 35. bezw. 44. Bande) mit Recht hervorgehoben worden. In diesem Punkte wird mir aber ein Tadel wohl kaum erspart bleiben. Von meiner ursprünglichen Absicht, die ältere, insbesondere die praktische in Compendien und Consilien angehäufte Literatur in umfangreicher Weise zu benutzen, kam ich bald zurück, nachdem die für eine Reihe der erörterten Fragen vorgenommene Durchsicht dieses Wustes ein völlig negatives Resultat ergeben hatte. Von der übrigen älteren Literatur war mir vieles nicht zugänglich. Was endlich die neuere Literatur anbetrifft, so glaube ich allerdings, manches übersehen zu haben, und es wäre wohl möglich, daß sich in ihr schon hier und da besser ausgesprochen, vielleicht auch widerlegt findet, was ich auszuführen versucht habe. Giebt es für dieses Uebersehen überhaupt eine Entschuldigung, so würde ich für mich geltend machen, daß ich (nach einer vielleicht sehr verwerflichen Methode) von der Literatur erst Kenntniß nahm, nachdem ich meine Arbeit im Großen und Ganzen bereits abgeschlossen hatte. In der weiteren Fortsetzung werde ich mich bemühen, diesen Mangel nicht hervortreten zu lassen. Daß ich nichts, was ich für meine Erörterungen benutzt (nicht bloß gesehen) habe, anzuführen unterlassen habe, bedarf keiner besonderen Versicherung. Wenn übrigens Westphal's wissenschaftlich und auch praktisch völlig werthlose Darstellung der Lehre von den

Vermächtnissen sich nicht erwähnt findet, so wird dies keiner Rechtfertigung bedürfen; und daß ich auch Roßhirts Lehre von den Vermächtnissen (die noch in den neuesten Compendien gewissermaßen als standard work angeführt wird) nur selten einmal citirt habe, wird niemand auffällig erscheinen, der sich von der Oberflächlichkeit jener Bearbeitung selbst überzeugt hat. Mein Wunsch wäre nur, daß nicht auch über die folgende Darstellung das gleiche Urtheil ausgesprochen werden möchte.

Königsberg, im October 1889.

Dr. Karl Salkowski.

Inhaltsverzeichniß.

Buch 30—32. de legatis et fideicommissis.

§. 1526. Die Vermächtnißforderung im Allgemeinen. S. 1—62.

I. Unmittelbarer Erwerb der Forderung; keine direkte Aufhebung derselben durch die Ausschlagung des Vemächtnisses. l. 43 D. de A. E. V. l. 34 §. 2 de leg. II. S. 2 fg. Wirkung der Repudiation des Vermächtnisses auf ein dem Vermächtnißnehmer auferlegtes Untervermächtniß l. 70 pr. D. eod. S. 8 fg. II. Ist auch im klassischen Recht beim Vindicationslegat die Wahl zwischen dinglicher und persönlicher Klage dem Vermächnißnehmer zuständig? Prüfung der dafür beigebrachten Gründe: A. das Quellenmaterial: l. 84 §. 13. l. 108 §. 2. l. 86 §. 1 D. de leg. I. l. 66 §. 5 eod. II. l. 85 eod. I. l. 3 C. de legat. S. 13—23. B. Inhalt des SC. Neronianum S. 23 fg. C. Gründe gegen die Annahme, daß jedes Vindicationslegat zugleich als Damnationslegat geltend gemacht werden konnte. S. 27 fg. III. In wiefern wird dennoch durch jedes Vermächtniß schon im vorjustinianischen Recht eine Obligation begründet? Wesen und praktische Bedeutung derselben in den einzelnen Fällen S. 34—46. IV. Concurrenz der persönlichen und dinglichen Klage im ju-

§. 1526.

Die Vermächtnißforderung im Allgemeinen.

Im vorangehenden §. 1525a hatte Arndts den „Erwerb vermachten Eigenthums einer Sache" und überhaupt den dinglichen Rechtserwerb durch Vermächtniß erörtert. In den folgenden §§. haben wir es mit der Vermächtnißforderung und den Vermächtnißklagen zu thun. Welchen Inhalt auch das Vermächtniß haben möge, also nicht bloß dann, wenn der Beschwerte an den Vermächtnißnehmer eine bestimmte Leistung machen soll, sondern auch wenn das vermachte Recht (Eigenthum, ius in re, nomen) unmittelbar für den letzteren entsteht: allemal wird der Beschwerte persönlich verpflichtet, erwirbt der Vermächtnißnehmer ein Forderungsrecht gegen denselben. Die daraus hervorgehende persönliche Klage (actio ex testamento — certi, incerti — act. legati)[1]) ist i. A. auf Verschaffung des Gegenstandes des Vermächtnisses gerichtet. Daß sie dem Vermächtnißnehmer auch dann, wenn durch das Vermächtniß Eigenthum für ihn begründet wird, nach Justinianischem Recht überhaupt zustehe, braucht hier nicht weiter nachgewiesen zu werden.[2]) Es kann dabei auch keinen Unterschied machen, ob die vermachte Sache gegenwärtig im Besitz des belasteten Erben selber oder eines Dritten sich befindet; hier wie dort kann der Vermächtnißnehmer nach seiner Wahl entweder die persönliche Klage auf Leistung der Sache anstellen oder mit der rei vindicatio sein Eigenthum geltend machen. Und nicht anders verhält es sich, wenn ein dingliches Recht, insbesondere ein Nießbrauch an der dem Erblasser ge-

1) Vgl. vorläufig Keller Institutionen S. 331.
2) S. diesen Comm. Th. 46. S. 56 ff. Th. 48. S. 254 ff.

hörigen Sache hinterlassen ist; auch hier ist dem Vermächtnißnehmer die Wahl zwischen act. confessoria und persönlicher Klage auf Einräumung des betr. ius in re zuständig.

I. Auch das Forderungsrecht aus dem Vermächtniß wird ebenso wie das vermachte dingliche Recht dem Legatar mit dem Erbschaftsantritt unmittelbar erworben, ohne daß es einer Annahmeerklärung oder auch nur der Kenntniß von dem Anfalle des Vermächtnisses bedürfte. [3]) Während nun aber die Ablehnung des Vermächtnisses den dinglichen Erwerb in der Weise rückgängig macht, als ob dasselbe überhaupt nicht in Wirksamkeit getreten wäre, [4]) läßt sich das Gleiche nicht auch von der durch das Vermächtniß begründeten Forderung behaupten. Vielmehr wird diese nicht direkt aufgehoben, der Belastete bleibt aus dem Vermächtniß an sich verpflichtet, er kann aber den Vermächtnißnehmer, welcher nach der Ausschlagung seine Forderung geltend macht, mittelst exceptio doli zurückweisen. Schon für das klassische Recht war jedoch dieser Unterschied hier von geringer Bedeutung und er hat dieselbe im Justinianischen Recht vollends eingebüßt. Gleichwohl haben sich doch noch

3) l. 16 §. 1 D. qui test. fac. 28, 1. l. 24 pr. D. de O. et A. 44, 7. l. 77 §. 3 D. de leg. II. 31. l. 6 C. quando di. 6, 53. Vgl. Arndts Th. 48. S. 305. Es muß übrigens wohl beachtet werden, daß die Controverse der Rechtsschulen in Betreff des Vermächtnißerwerbes sich einzig auf das Vindicationslegat bezog. Beim Damnationslegat ist auch nach der Auffassung der Proculianer ein ipso iure eintretender Erwerb des Vermächtnisses, also die unmittelbare Begründung der Forderung gegen den Erben anzunehmen.

4) z. B. Gai. II. §. 195. l. 38 §. 1. l. 44 §. 1. l. 86 §. 2 D. de leg. I. 30. l. 1 §. 6 D. si qu. in fraud. patr. 38, 5. l. 36 pr. D. ad l. Aq. 9, 2. Ueberhaupt Th. 48. S. 203 ff. S. 266 ff.

einige Spuren davon in den Rechtsquellen erhalten. So in l. 26 C. de fideic. 6,42;[5]) vor Allem aber in l. 43 D. de A. E. V. 19,1:

cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset, nec tamen heredem a sua petitione liberasset — (Paul. l. V. quaest.)

Daran, daß hier die bloße Nichtannahme des Vermächtnisses (non adgnoscere, non accipere, abstinere u. dgl.) in Gegensatz zur ausdrücklichen Ausschlagung (repudiare) gestellt sei, ist nicht zu denken. Wenn der Jurist nun hervorhebt, daß der Fideicommissar (denn von einem solchen ist die Rede), welcher das Vermächtniß nicht annehmen wollte,[6]) den Erben von seiner Forderung nicht befreit hatte, so ist der Schluß ganz unabweisbar, daß die Vermächtnißforderung so lange fortbesteht, bis sie durch einen der anerkannten Obligationstilgungsgründe aufgehoben wird.[7]) Die Ausschlagung des Vermächtnisses wirkt in dieser Beziehung nicht anders wie ein formloser Erlaßvertrag. Und wenn dies schon beim Fideicommiß gilt, muß es um so mehr beim Damnationslegat zutreffen. Es kann mithin der Erbe von der Legatforderung nur durch Novation und Acceptilation, wozu noch im älteren Recht die solutio per aes et libram kommt,[8]) direkt befreit werden, sie erlischt nicht

5) Diocl. et Max.: Ex repudiatione fideicommissi doli mali exceptio iusta causa intercedente opponitur.

6) Natürlich das ihm hinterlassene Fideicommiß, nicht das ihm auferlegte fideic. libertatis. Der Ausdruck ad se pertinere nolle ist technisch für die Nichtannahme des Vermächtnisses, vgl. die Stellen bei Dirksen manuale s. v. pertinere §. 5.

7) l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44,7: quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi.

8) Gai. III. §. 175. Cicero de legib. II. 21, 53.

von selbst durch Repudiation des Vermächtnisses.[9]) Dies hat man auch schon früher erkannt;[10]) so wird die verschiedene Wirkung der Ausschlagung, je nachdem durch das Vermächtniß Eigenthum oder eine Forderung für den Legatar begründet ist, namentlich von Donellus[11]) klar hervorgehoben, wenn auch nicht ausreichend begründet.

Man möchte vielleicht einwenden, wenn durch die Repudiation der ipso iure eingetretene Vermächtnißerwerb, also der Erwerb des vermachten Rechtes überhaupt rückgängig gemacht wird, so könne es auf die Art dieses Rechtes selbst nicht mehr ankommen. Mithin müsse, wie der durch das Vermächtniß herbeigeführte dingliche Rechtserwerb (insbesondere der Eigenthumsübergang), so auch der Erwerb d. h. die Entstehung der Forderung nach rückwärts aufgehoben werden, — „proinde atque si legatum non esset." Die Ablehnung des Vermächtnisses entscheide eben, daß für den Legatar, wie das dingliche Recht, so auch das Forderungsrecht nicht begründet worden sei. Die Folgerichtigkeit dieser Auffassung, welche gegenwärtig eine so ausnahmslose

9) Darin und nicht einzig in der Rücksichtnahme auf die Willensmeinung des Erblassers, wie Arndts Th. 46. S. 485 ff. ausführt, findet m. E. auch erst seine volle Erklärung, daß wenn mehreren per damnationem dieselbe Sache coniunctim legirt war, bei Ablehnung des Vermächtnisses seitens des Einen — im Gegensatz zum Vindicationslegat (vgl. namentlich l. 34. l. 36 pr. D. ad l. Aq. 9, 2) — keine Accrescenz eintrat.

10) So z. B. Cujacius ad l. 43 cit. (Recitat. in tit. D. de A. E. V. 19, 1), der jedoch die direkt befreiende Wirkung der Repudiation irrthümlich deswegen leugnet, „quia fit sine herede," also weil sie nicht dem Erben gegenüber erklärt wird. Ferner Schulting ad Ulpiani fragmenta. Tit. 24. not. 4 (Jurisprudentia antejust. Lips. 1737. p. 649) u. die dort Citirten.

11) Comment. in Codicem ad l. 26 cit. nr. 6. 7.

Anerkennung findet, daß sich kaum noch ein Zweifel einstellen darf, läßt sich nicht in Abrede stellen; es ist nur die Frage, ob sie auch die der Römischen Juristen ist. Und dies scheint eben nicht der Fall zu sein. Vielmehr unterscheiden sie auch hier grundsätzlich dinglichen Rechtserwerb und Forderungserwerb. Das erworbene dingliche Recht, insbesondere das Eigenthum, kann aufgegeben werden. Wenn daher das Vermächtniß ausgeschlagen wird, so liegt darin die Erklärung, daß man das Eigenthum der Sache oder das sonstige dingliche Recht nicht haben wolle — genauer noch, nach der Auffassung der Sabinianer nicht erworben haben, nach der der Proculianer nicht erwerben wolle — und es bietet sich damit gleichsam von selbst die Construction, daß der Eigenthumserwerb nach rückwärts wieder aufgehoben wird und die Sache den Erben so verbleibt, wie wenn sie nicht vermacht wäre, oder richtiger wie wenn der Erwerb des Vermächtnisses nie stattgefunden hätte. Dagegen die einmal entstandene Forderung kann nicht aufgegeben werden, sondern es kann nur durch bestimmte Rechtsakte eine Auflösung der Obligation und Befreiung des Schuldners erfolgen. Somit muß auch trotz der Ablehnung des Vermächtnisses die durch die Anordnung des Erblassers begründete und mit dem Antritt der Erbschaft entstandene Verbindlichkeit des Erben bestehen bleiben. Aufgedrungen wird freilich dem Legatar das Forderungsrecht ebenso wenig wie das dingliche Recht, da es sich ja erst in der Ausübung wirksam erweist und der Legatar nicht genöthigt ist, es auch geltend zu machen. In der Ausschlagung des Vermächtnisses, durch welche der Legatar kundgiebt, nicht Gläubiger sein zu wollen, steckt nun aber ein Verzicht auf den aus demselben für ihn hervorgegangenen Anspruch, d. h. die Erklärung, die Forderung nicht geltend machen zu wollen, und es wird somit durch die Ausschlagung dieselbe zwar nicht direkt wieder aufgehoben — oder etwa gar die Nichtentstehung der

Forderung entschieden —, aber ihr doch die Realisirbarkeit entzogen.

Im nahen Zusammenhange hiemit steht das vielgedeutelte Responsum von Modestinus in l. 34 §. 2 D. de leg. II.:

fideicommissum ipso iure amissum non esse, quod ne repudiari quidem potest: sed nec per doli exceptionem summovetur nisi rel.

Es handelt sich in dieser Stelle, mit welcher wir uns später noch besonders zu beschäftigen haben werden, um den Fall, daß der Herr eines Sklaven bei der ein Erbschaftsgrundstück, das letzterem fideicommissarisch vermacht war, mitumfassenden Erbtheilung als Zeuge fungirt hat. Ipso iure ist das Fideicommiß nicht verloren; es fragt sich nur, ob der Vermächtnißnehmer, wenn er den Anspruch aus dem Fideicommiß verfolgt, durch doli exceptio zurückgewiesen werden könne. Soweit ist keine Schwierigkeit vorhanden. Was will nun aber der Jurist mit der Zwischenbemerkung „fideicommissum ne repudiari quidem potest“ sagen? Mit der Enträthselung dieses Ausspruches hat man sich schon seit der Glosse viel vergebliche Mühe gemacht.[12]) Keiner Widerlegung bedarf der in dieser angedeutete und von Cujacius[13]) weiter ausgeführte Erklärungsversuch, wo-

12) Die Glosse zu dieser Stelle bemerkt u. A., zu repudiari sei in Gedanken „videri“ zu ergänzen. Danach hat Haloander den Text „ne repudiatum quidem videri potest“ constituirt, welcher dann in die Porta'schen und Senneton'schen Ausgaben übergegangen ist. Diese Leseart oder richtiger Conjectur hat bei Retes prael. ad tit. D. de verb. obl. p. I. tract. 3 §. 23 in Meermanni thesaur. VII. p. 405 (der gar von einer vulgaris littera „nec repudiatum fuit“ redet) und Hoffmann meletem. ad Pand. diss. 26 §. 1 Beifall gefunden. Vgl. unten §. 1526 f. II. A.

13) Comment. in l. X. Modest. respons. ad h. l.; Recitat. in

nach in unserer Stelle von einem bereits dem Herrn durch den Sklaven erworbenen, dagegen in der widersprechenden l. 7 D. de leg. I.[14]) von einem erst angefallenem Vermächtniß die Rede sein soll. Dagegen hat auch Bachov[15]) entschiedenen Widerspruch erhoben, welcher selbst auf dem richtigen Wege war, indem er an die extraordinaria persecutio des Fideicommisses dachte. Keineswegs wollte Modestinus sagen, daß ein Fideicommiß überhaupt nicht ausgeschlagen werden könne, sondern nur, daß die Repudiation nicht die Wirkung habe, den Untergang des Fideicommißanspruches unmittelbar herbeizuführen. Und das wird noch einleuchtender, wenn wir in Betracht ziehen, daß der Gegenstand des Fideicommisses hier eine Erbschaftssache ist. Handelte es sich um ein Vindicationslegat, so würde die Repudiation den Eigenthumsübergang nach rückwärts aufheben. Das Fideicommiß gewährt aber kein Eigenthum an der vermachten Sache und keine dingliche Klage, die mit der Ausschlagung aufhören könnte. Dem Bedachten ist — abgesehen von dem persönlichen Anspruch gegen den Erben — nur die Verfolgung des Fideicommisses auf dem Wege des Cognitionsverfahrens durch in rem missio zuständig. Diese kann aber durch die Repudiation wohl gehemmt und erfolglos gemacht, aber nicht, wie die rei vindicatio beim Legat, aufgehoben werden.

Irren wir nicht, so verbreitet der Satz, daß die Vermächtnißforderung durch die Ausschlagung nicht direkt aufgehoben wird, auch einiges Licht über eine andere Frage. Wie nämlich, wenn der selbst mit einem Vermächtniß belastete Legatar das eigene Vermächtniß ausschlägt? Be-

tit. D. de legatis ad h. l. und ad l. 7 cit.; Observat. l. III. c. 11.

14) Legatum servo delatum dominus potest repudiare. (Paul.) vgl. l. 101 pr. eod.

15) Notae ad disp. Treutleri vol. II. disp. 13. Th. 2. lit. B. (Col. Agripp. 1688. pars I. p. 381).

denken können hier nur entstehen, wenn er mit der Restitution gerade des Empfangenen oder eines Theiles davon beschwert war. Man denke nur daran, daß er das Vermächtniß nicht annimmt, weil er mit der ganzen Angelegenheit nichts zu schaffen haben will, oder um den Gegenstand des Vermächtnisses dem Erben zu belassen, oder vielleicht sogar im Einverständniß mit dem Erben gegen eine Abfindung u. dgl. m. Hier scheint dann in der That die Wirksamkeit des ihm auferlegten Vermächtnisses ganz in der Hand des belasteten Legatars zu liegen. Denn ein Zwang zur Annahme des Vermächtnisses findet nicht statt,[16]) ebenso wenig wie ja der Legatar den Erben zum Antritt der Erbschaft zwingen kann. Hatte das Vermächtniß eine individuelle Sache des Erblassers zum Gegenstande, so konnte man im Justinianischen Recht leicht um jede Schwierigkeit herumkommen, indem man das Eigenthum mit dem Erbschaftsantritt sofort durch den ersten auf den zweiten Vermächtnißnehmer übergehen läßt. Und auch im klassischen Recht mochte man, wenn das mit dem Fideicommiß beschwerte Vermächtniß ein Vindicationslegat war, bei dem freien Fideicommißverfahren kein Bedenken tragen, trotz der Ausschlagung des Legates dem zweiten Vermächtnißnehmer die unmittelbare Verfolgung seines Anspruches gegen den Erben zu gestatten.[17]) Wie nun aber beim Damnationslegat, beim Vermächtniß einer Quantität oder einer der Gattung nach bestimmten Sache, und wie, wenn eine dem Erben oder einem Dritten gehörige Sache vermacht war? Auch

16) Auch wohl nicht in dem Falle der l. 22 D. de fid. libert. 40, 5 vgl. l. 5 §. 1 D. de leg. II., wie z. B. Brinz, Pandekten 1. Aufl. II. S. 955. 2. Aufl. III, 1. S. 417. A. 57 annimmt.

17) Zumal wenn der Legatar nach der Willensmeinung des Erblassers nur als Zwischenperson anzusehen ist, vgl. l. 17 pr. l. 29 pr. D. de leg. II. und Anm. 25.

hier blieb der zweite Vermächtnißnehmer (Fideicommissar) nicht schutzlos. Zwar wurde ihm nicht etwa in analoger Weise zur Hülfe gekommen, wie nach dem edictum si quis omissa causa bei arglistiger Ausschlagung der Erbschaft.[18]) Vielmehr behielt er nach wie vor schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen seinen Anspruch gegen den belasteten Legatar, auch wenn dieser das Vermächtniß ablehnte. Darüber giebt uns nun volle Aufklärung l. 70 pr. D. de leg. II.[19])

Papinianus l. XX quaestionum. Imperator Antoninus rescripsit legatarium, si nihil ex legato accepit, ei, cui debet fideicommissum, actionibus suis posse cedere nec id cogendum solvere. Quid ergo si non totum, sed partem legati relicti restituere rogatus abstineat eo? Utrum actionibus suis in totum cogetur cedere, an vero non nisi ad quantitatem, quae fideicommisso continetur? Quod ratio suadet. Sed et si legatum perceperit, non amplius ex causa fideicommissi cogendus erit solvere, quam recepit.

Das Vermächtniß wird dem Legatar ohne sein Zuthun erworben; mit dem Erwerbe wird er aber auch dem Fideicommissar verpflichtet, jedoch haftet er diesem nur dann, wenn er selbst aus dem Legat vom Erben etwas erlangt hat, und auf

18) Vgl. l. 4 §. 2 D. si qu. om. ca. 29, 4. Durch die Ausschlagung der Erbschaft ist hier das Legat mitsammt dem darauf gelegten Fideicommiß hinfällig geworden; dennoch wird dem Fideicommissar die Klage aus dem Testament gegen den Legatar gegeben, da durch die Arglist desselben die Antretung der Erbschaft hintertrieben und so das Fideicommiß vereitelt worden ist. Die Voraussetzung Mühlenbruchs in diesem Comment. Th. 43. S. 460, daß der Legatar die Ausschlagung der Erbschaft bewirkt habe, um sie selbst als Intestaterbe zu erhalten, ist ganz willkürlich.

19) Vgl. Arndts in diesem Comment. Th. 47. S. 295.

nicht mehr als an ihn gekommen ist.[20]) Eigentlich würde es dem Legatar obliegen, den Vermächtnißgegenstand vom Erben einzufordern, in Empfang zu nehmen und für den Fideicommissar zu bewahren. Durch das erwähnte Reskript von Antoninus ist ihm aber die Erleichterung gewährt, sich mit der Cession seiner Klage an den Fideicommissar abzufinden. Andererseits ist er aber auch verpflichtet,[21]) wenn er das Vermächtniß selbst nicht annehmen und geltend machen will, seinen Anspruch, aber nur bis zum Betrage des ihm auf-

20) Ulp. l. 78 D. de leg. I.: Fideicommissum, quod a legatario relinquitur, ita demum ab eo debetur, si ad legatarium legatum pervenerit. Paul. l. 8 pr. eod. III.: Si legatarius, a quo fideicommissum datum est, petierit legatum, id tantum quod per iudicem exegerit praestare fideicommissario cogetur. — Vielleicht gewährt für unsere Auffassung auch einen Beleg Julian. l. 96 §. 2 eod. I. Si tibi servus legatus fuerit et petitum a te, ut Titio aliquid praestares usque ad pretium servi, deinde servus decesserit, nihil fideicommissi nomine praestare cogendus eris. Der vermachte Sklave ist, bevor ihn der Legatar erlangt hatte, gestorben. Mit dem ipso iure eingetretenen Erwerbe des Legates ist auch für den Legatar die Verbindlichkeit aus dem Fideicommiß entstanden, und es konnte sich nur um die Frage handeln, ob durch den Tod des Sklaven der Legatar befreit werde. Die Bejahung erscheint so selbstverständlich, daß es fast Wunder nehmen müßte, daß der Jurist die Frage überhaupt erörtert, wenn es sich hier nicht um einen positiven Rechtssatz handelte. Setzen wir übrigens den Fall, daß der Sklave von einem Dritten getödtet wäre, so würde, da hier dem Legatar die aquilische Klage erworben ist, seine Befreiung von der Fideicommißverbindlichkeit sich nicht von selbst verstehen, und seine Haftung würde auch durch Ausschlagung des Vermächtnisses nicht aufgehoben werden, vgl. l. 13 §. 3 D. ad l. Aquil. 9, 2.

21) vel si non exegerit, actione cedere fährt d. l. 8 pr. fort.

erlegten Fideicommisses, abzutreten.[22]) Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob er, sich rein passiv verhaltend, bloß die Annahme und Einforderung des Vermächtnisses unterläßt, oder dasselbe durch positive Erklärung ablehnt.[23]) In dem einen wie in dem andern Falle kann der Fideicommissar seinen Anspruch gegen ihn geltend machen und die Cession der Klage erzwingen. Allerdings konnte der

22) Ein analoger Fall in l. 33 §. 2 D. de fideic. lib. 40, 5. Si is cui servus legatus est rogatus fuerat, ut eum manumitteret, et nolit eum accipere, compellendus est actiones suas ei praestare, cui servus velit, ne intercidat libertas. (Paul. l. III. fideic.). In der Florentina steht vor actiones noch aut, und dazu ergänzt Mommsen in seiner Digestenausgabe — entgegen dem index Dorothei in Basil. XLVIII, 4, 33, 2 (ed. Heimb. IV p. 672) — „manumittere aut." Die Unmöglichkeit dieser Conjectur ergiebt sich aus dem Zusammenhange der Stelle; mindestens müßte noch vorher eingeschoben werden: „eum accipere et —." Nach Lenel, palingenesia I. p. 1102 soll Paulus geschrieben haben „mancipio accipere," wofür gewiß kein Grund vorhanden ist. Wahrscheinlich aber beruht das aut auf einem leicht erklärlichen Versehen des Abschreibers. Eine Schwierigkeit birgt nur der Schlußsatz insofern, als bei Nichtannahme des Vermächtnisses die Freiheit dem Sklaven dennoch zu Theil werden müßte vgl. l. 43 D. de A. E. V. 19, 1. S. 3.

23) Cujacius ad h. l. in Recit. ad l. XX. quaest. Papin. (vgl. auch Recit. in tit. D. de leg. III. ad l. 8 pr. und in tit. D. de ann. leg. 33, 1 ad l. 19 pr.) unterscheidet hier zwischen Omission (Abstinenz) und Repudiation des Vermächtnisses, indem bei letzterer keine Cession mehr möglich sei, sondern das legatum cum onere suo beim Erben verbleibe. Man mag es aber bei ihm selbst nachlesen, wie er sich vergeblich abmüht, aus den Schwierigkeiten herauszukommen; muß er doch die Repudiation zu einem solennen Akte machen („repudiatio fit in iure apud praetorem solemniter")!

Erbe die Klage des Legatars nach geschehener Repudiation mit exc. doli zurückweisen, aber mit ihr vermag er gegen die Klage des Fideicommissars nicht durchzudringen. Denn da letzterer (obschon formell als Cessionar) seinen Anspruch auf Leistung des dem belasteten Legatar vermachten Gegenstandes auf das Testament selbst gründet, so würde sich vielmehr der Erbe in Widerspruch mit dem Willen des Erblassers, der gerade dem Kläger den Vermächtnißgegenstand zuwenden wollte, setzen, wenn er sich auf die erfolgte Ausschlagung des Legates berufen wollte. Jedoch bedarf es auch immer einer durch Klage zu erzwingenden Cession; von einer auf Grund einer sog. fingirten Cession oder aus eigenem Recht dem Fideicommissar hier zustehenden utilis actio [24]) wissen die Quellen nichts. Nur in einem singulären Falle wird die Klage aus dem Fideicommiß selbst gegen den Erben gewährt, nämlich wenn bei dem Vermächtniß eines Nießbrauches die Restitution desselben dem Bedachten auferlegt ist. [25]) Man könnte schließlich noch die Frage

24) Wie in l. 4 D. de leg. III. l. 62 eod. II. Th. 47. S. 204.

25) Ulp. l. 9 D. de usufr. leg. 33, 2 (womit l. 78 D. de leg. II. in unmittelbarem Zusammenhange steht) vgl. l. 29 eod. l. 9 pr. D. usufr. quemodm. 7, 9. l. 4. l. 29 §. 2 D. qu. mod. usufr. 7, 4. l. 3 D. si usufr. 7, 6. Zweifelhaft ist es freilich, ob l. 9 cit. sich gerade auf diesen Fall bezieht; möglich wäre es auch, daß sie von einem mit einem anderweitigen Fideicommiß belasteten Nießbrauchsvermächtniß handelte, wie z. B. in dem Falle der l. 19 pr. D. de ann. leg. 33, 1. Und ebenso bleibt es, wenn man das erstere annimmt, noch fraglich, ob der Schlußsatz „quod et in militis testamento erit dicendum, si legatarius, a quo fideicommissum relictum est, repudiaverit legatum vel vivo testatore decesserit“ von demselben Falle verstanden werden müsse, oder ob er eine einzig beim Soldatentestament stattfindende Singularität mittheilen wolle, die freilich nach unserer Auffassung nur im Falle des Todes

aufwerfen, wie es sich verhalte, wenn der beschwerte Vermächtnißnehmer den Erben bereits formell befreit hatte. Eine abtretbare Forderung existirt hier nicht mehr. Da nun aber hier der Legatar die Unmöglichkeit der Cession selbst verschuldet hat, so wird hiedurch das zweite Vermächtniß nicht vereitelt werden können, sondern es wird seine durch den Vermächtnißerwerb begründete Verbindlichkeit bestehen bleiben. Setzen wir noch den Fall, daß er von der ihm, etwa in einem erst später zu Tage getretenen Codizill, auferlegten Restitution keine Kenntniß hatte, so könnte man hier allerdings annehmen, daß dem zweiten Vermächtnißnehmer mit einer utilis actio gegen den Erben geholfen wurde.

II. Bevor wir die Natur und die praktische Bedeutung der neben der in rem actio stehenden persönlichen Vermächtnißklage weiter verfolgen, ist zunächst die Frage zu beantworten, ob eine gleiche Concurrenz beider Klagen schon zur Zeit des klassischen Rechts bestand. Obwohl dieselbe schon von Arndts in diesem Commentar Th. 46. S. 36 ff. erörtert worden ist, können wir von einer nochmaligen Untersuchung doch nicht Abstand nehmen. Insbesondere mögen folgende Punkte einer erneuten Prüfung unterstellt sein.

A. Betrachten wir zunächst das Quellenmaterial, welches man zum Beweise der Behauptung beibringt, daß seit dem SC. Neronianum der Legatar das Vindicationslegat nach seinem Belieben entweder mit in rem actio oder persönlicher Klage (und zwar einer condictio auf dare oportere) habe verfolgen können.[26]) Es kommen dabei folgende Stellen in Betracht.

des Legatars bei Lebzeiten des Erblassers hervortreten würde.

26) Schrader in seinem Commentar zu den Institutionen ad §. 2. de legat. 2, 20. Gegen ihn Caspar über die

a) l. 84 §. 13 D. de leg. I. Julianus l. XXXIII Digest. Si is cui legatum fuerat, antequam constitueret qua actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis, legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt. Quare quamdiu alter rem vindicare vult, alter in personam agere non potest. Sed si consenserint, rem communiter habebunt; consentire autem vel sua sponte debent vel iudice imminente.

Der Legatar stirbt mit Hinterlassung zweier Erben, bevor er sich entschieden hat, mit welcher Klage er das Vermächtniß geltend machen wolle. Dann sollen die dasselbe beanspruchenden Erben die vermachte Sache nur im Falle ihrer Uebereinstimmung erhalten können; es könne aber nicht der eine dieselbe vindiciren, der andere die persönliche Klage gegen den Belasteten anstellen. Auf den ersten Blick möchte es scheinen, daß die beiden Erben genöthigt sein sollen, gemeinschaftlich eine Klage gegen den Onerirten zu erheben. Doch wird man diese Annahme sofort verwerfen, sobald man sich überzeugt, daß hier ein zwingender Anlaß zur Streitgenossenschaft nicht vorliegt.[27]) Die Stelle wird nun allgemein von dem Vermächtniß einer individuellen Sache verstanden. Aber, muß man doch fra-

Leistung von Legaten durch mehrere Miterben. (Doctordissertation) Königsb. 1881. S. 8 ff., dessen Interpretationen aber bei allem combinatorischen Scharfsinn in der Luft schweben.

27) Bethmann-Hollweg Civilprozeß II. S. 471 findet in unserer Stelle einen Fall, wo eine einheitliche Prozeßführung durch einen Procurator von Gerichtswegen aus dem Grunde erzwungen wird, weil durch den verschiedenen Ausgang der Prozesse der Gegner wider seinen Willen in eine Eigenthumsgemeinschaft versetzt würde. Dagegen wäre zu bemerken, daß dann stets Collegatare überhaupt beim Vermächtniß einer Sache gemeinschaftlich klagen müßten.

gen, aus welchem Grunde sollten sich hier die Erben des Vermächtnißnehmers über die Art der Klage nothwendig einigen müssen? Warum sollte nicht A. einen ideellen Theil (z. B. die Hälfte) der vermachten Sache vindiciren, B. auf Leistung des anderen ideellen Theiles klagen können? Das schließliche Resultat würde doch kein anderes sein, als wenn beide die Sache vindicirten oder beide in personam klagten. Entweder jeder erhielte die Hälfte der Sache, oder jeder den Werth dieser Hälfte, oder endlich der eine die Hälfte, der andere den Werth. Und wie sollte der Jurist, da und wenn sie sich über die Klage nicht einigen können, die Realisirung des Vermächtnisses überhaupt als unmöglich bezeichnen? Daß die Stelle diesen Sinn nicht haben kann, erhellt deutlich aus der unmittelbar sich anreihenden l. 85 eod.,[28]) welche doch davon ausgeht, daß jeder der Legatare eine andere Klage anstellen könne. Der Umstand, daß es sich dort um Collegatare, in unserer Stelle aber um mehrere Erben eines Legatars handelt, dürfte doch wohl keinen Unterschied machen.[29]) Und wenn man sich schließlich daran klammern wollte, daß in unserer Stelle die Vermächtnißnehmer zugleich ihren Anspruch geltend machen, so zeigt l. 33 D. de leg. I., daß auch dieser Umstand bedeutungslos ist.

Unsere Stelle scheint vielmehr ihre Erklärung aus der Entscheidung des Africanus in l. 108 §. 2 D. de leg. I[30]) zu finden:

Cum homo Titio legatus esset, quaesitum est, utrum arbitrium heredis est quem velit dandi, an potius

28) S. Anm. 39.

29) Darauf legt allerdings entscheidendes Gewicht Cujacius ad h. l. in Recitat. in l. 33 Digest. Jul. mit Rücksicht auf l. 76 §. 8 D. de leg. II. und Duarenus in comm. ad tit. D. de legat. ad l. 33 cit.

30) Was Cujacius ad h. l. im Tractatus V. ad Africanum bemerkt, trägt nichts zur Erklärung der Stelle bei.

legatarii? Respondi verius dici electionem eius esse, cui potestas sit qua actione uti velit, id est legatarii.

Das Wahlrecht beim Vermächtniß einer nur der Gattung nach bestimmten Sache und zwar Erbschaftssache soll demjenigen zustehen, der nach seinem Belieben mit der einen oder andern Klage (rei vindicatio oder actio in personam) das Vermächtniß einfordern kann. Offenbar wollte doch der Jurist damit ausdrücken, 1) daß der Legatar die Wahl habe, sofern ihm beide Klagen zuständig sind; 2) daß von der angestellten Klage die Wahl abhängig sei. Also ist per vindicationem z. B. einer von den Erbschaftssklaven legirt, so kann der Legatar entweder einen bestimmten Sklaven vindiciren, vorausgesetzt daß derselbe dem Erblasser schon zur Zeit der Testamentserrichtung gehörte, oder ihn, wenn dies etwa nicht der Fall ist, condiciren, oder endlich er kann (was freilich nicht ganz unzweifelhaft ist) die act. incerti ex testamento anstellen und damit die Wahl dem Erben überlassen. Wenn nun der Legatar stirbt, bevor er seine Entscheidung getroffen hat, „qua actione uti velit" — und damit kommen wir auf l. 84 §. 13. zurück — so müssen sich nothwendig seine Erben über die zu erhebende Klage und damit über den Vermächtnißgegenstand zuvor einigen, wenn sie zugleich die Entrichtung des Vermächtnisses beanspruchen. Also sie stellen beide die rei vindicatio oder condictio auf dieselbe Sache an, oder sie klagen beide mit der act. incerti ex testamento und empfangen dann vom Erben denselben Gegenstand. So lange aber eine solche Einigung nicht vorliegt, kann keiner seinen Anspruch aus dem Vermächtniß durchführen, d. h. jedem wird die Klage vom Prätor versagt.

Der Schlußsatz „consentire autem vel sua sponte debent vel iudice imminente", der vom Standpunkte Julians aus, doch äußerst trivial, wenn nicht vielmehr gedankenlos wäre, ist zweifellos ein nicht gerade geschicktes

Anhängsel, welches die Compilatoren mit Rücksicht auf l. 3 pr. §. 1 C. comm. de leg. 6, 43 [31]) für nöthig erachteten. Nämlich können die Erben des Vermächtnißnehmers sich nicht einigen, so wird ihr Consens vom Richter nicht etwa erzwungen, sondern durch seine Mitwirkung (die von ihm anzuordnende Looszіehung) supplirt. So enthält denn diese Stelle eine von den wenigen Spuren des vorjustinianischen Rechts hinsichtlich der Behandlung des Wahlvermächtnisses, wenn es Mehreren hinterlassen war, oder wenn der Legatar vor getroffener Wahl von Mehreren beerbt wurde. [32]) So verstanden gehört die Stelle aber gar nicht hieher und sie würde nur, was auch sonst keinem Zweifel unterliegen könnte, bestätigen, daß beim Vindicationslegat einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, der Bedachte allemal entweder eine der betr. Gattung angehörige Nachlaßsache vindiciren, oder die persönliche act. ex testamento anstellen konnte, so daß letzternfalls, auch wenn sich keine derartige Sache in der Erbschaft befand, doch das Vermächtniß ex SC. Neroniano wirksam verblieb, voraus-

31) — dubitabatur inter veteres, si inter legatarios vel heredes legatarii fuerit certatum et alter alterum servum vel aliam rem eligere velit, quid sit statuendum. Vgl. §. 23 I. de legat. 2, 20. — si . . dissentiant in corpore eligendo . . ., ne pereat legatum, quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant.

32) Vgl. namentlich l. 25 §. 17 D. fam. erc. 10, 2 (Paulus). Auch Paulus sent. III. 6 §. 3, entnommen aus der Consultatio VI §. 9 (vgl. Th. 48. S. 204. 208 ff.) scheint mir von einem Wahlvermächtniß verstanden werden zu müssen und im engen Zusammenhange mit der augenscheinlich durch Streichung eines „non" interpolirten l. 19 D. de opt. leg. 33, 5 zu stehen, welche seit Rittershusen in Paul. sent. III, 6 m. E. unrichtig als §. 7a. eingereiht ist. Des näheren ist darüber im §. 1539 (Digestentitel XXXIII, 5) zu handeln.

gesetzt nur, daß der Testator nicht das Vermächtniß auf die im Nachlaß vorfindlichen Gegenstände beschränken wollte.

b. Wesentlich anders liegt der Fall in folgenden zwei Stellen:

l. 86 §. 1 D. de leg. I. Julianus l. 34. Digest. Si testamento Stichus ab uno herede legatus fuerit Maevio et eidem codicillis idem Stichus ab omnibus heredibus et antequam codicilli aperirentur, Maevius litis aestimationem consecutus fuerit, ipso iure vindicari ex codicillis non potest: quia testator semel legatum ad eum pervenire voluit.

l. 66 §. 5 D. de leg. II. Papinianus l. 17. Quaestion. Eum qui ab uno ex heredibus, qui solus oneratus fuerat, litis aestimationem legatae rei abstulit, postea codicillis apertis ab omnibus heredibus eiusdem rei relictae dixi dominium non quaerere: eum enim, qui pluribus speciebus iuris uteretur, non saepius eandem rem eidem legare, sed loqui saepius.

Im Testament ist einem der Erben ein Vermächtniß auferlegt und dieselbe Sache ist dann derselben Person im Codizill ab omnibus heredibus vermacht. Das letztere Vermächtniß ist sicher ein Vindicationslegat. Daß wir es mit einem solchen auch in der testamentarischen Anordnung zu thun haben, wird wie es scheint, als selbstverständlich angenommen.[33]) Es ist diese Annahme gewiß keine unmögliche; aber wie man sich für dieselbe auf das Wort vindicari berufen kann, welches sich doch auf die Klage aus dem Codizill bezieht, läßt sich schwer einsehen. Jedenfalls steht nichts im Wege, das Vermächtniß, mit welchem im

33) Brinz Pandekten 1. Aufl. II. S. 910. Arndts in dem Comment. Th. 47. S. 240, welche in l. 86 §. 1 cit. ein klassisches Beispiel für ein auf einen einzelnen Miterben beschränktes Vindicationslegat finden wollen.

Testament einer der Miterben beschwert war, für ein Damnationslegat zu nehmen. Der Legatar hat vor Eröffnung des Codizills aus dem Testament geklagt, aber nicht die vermachte Sache selbst, sondern die litis aestimatio erlangt. Dann soll die rei vindicatio aus dem Codizill ipso iure ausgeschlossen sein (oder, wie sich Papinian ausdrückt, das Eigenthum der vermachten Sache nicht erworben werden), weil der Testator offenbar nicht das Vermächtniß verdoppeln, sondern in betreff der Person des Legatars, wenn auch mit Translation auf andere Onerirte, nur wiederholen wollte,[34]) und weil eine mehrfache Anordnung desselben Vermächtnisses in verschiedenen Rechtsformen nicht ein mehrfaches Vermächtniß enthält. Es verhält sich hier genau so, wie wenn etwa in demselben Testament dasselbe Vermächtniß zweimal angeordnet[35]) ist, das eine Mal als ein dem einen der Erben auferlegtes Damnationslegat, das andere Mal als Vindicationslegat. Hier würde allerdings der Legatar mit der rei vindicatio oder mit actio ex testamento das Vermächtniß geltend machen können, weil es eben in zweifacher Rechtsform angeordnet ist. Daß daraus aber noch keineswegs folgt, daß der Legatar allemal die ihm per vindicationem legirte Sache auch mit persönlicher Klage einfordern könne, bedarf nicht des Beweises.

Und nicht anders verhält es sich, wenn ein Vermächtniß zugleich in Form des Vindications- und des Damnationslegates angeordnet war,[36]) und nun dem Legatar die Wahl zwischen den Klagen zustand. Auf den einen oder andern Fall wird auch der Ausspruch Papinians in

34) Vgl. Cujacius ad l. 66 §. 5 cit. in den Recitat. in l. 17 quaest. Papin.

35) Cfr. l. 34 D. de leg. I l. 42 §. 1 D. de usufr. 7, 1.

36) Ueber diese Verbindung beider Legatsformen s. Arndts in dem Comment. Th. 46. S. 41 ff. 53. Schirmer Erbrecht S. 113.

l. 76 §. 8 D. de leg. II.[37]) bezogen werden müssen, und ein gleicher Fall darf in l. 33 D. de leg. I.[38]) und l. 85 eod.[39]) vorausgesetzt werden.

c. Es bliebe somit nur eine Stelle des klassischen Rechts übrig,[40]) die allerdings Bedenken erregt, nämlich l. 3 C. de legat. 6, 37:[41])

37) Variis actionibus simul legatarius uti non potest, quia legatum datum in partes dividi non potest: non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti, sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una, quae fuerat electa, legatum petere.

38) Paulus l. III. regul. Si pluribus eadem res legata fuerit, si quidem coniunctim, etiamsi alter vindicet alter ex testamento agat, non plus quam partem habebit is qui ex testamento aget. Dazu Arndts, Th. 46. S. 495 ff.

39) Paul. l. XI. ad Plaut. Duobus coniunctim fundus erat legatus, alter ex his partis aestimationem per actionem personalem abstulit; alter si fundum totum vindicare velit, exceptione doli pro parte dimidia repellitur, quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit. Vgl. Arndts a. a. O. Die wörtliche Uebereinstimmung des die Entscheidung begründenden Schlußsatzes mit dem in l. 86 §. 1 eod. (oben S. 18) legt die Annahme nahe, daß in beiden Stellen von einem wesentlich gleichartigen Fall gehandelt wird und daß die Compilatoren vielleicht die nähere Darlegung des Thatbestandes gestrichen haben.

40) Gar nichts beweist natürlich Paul. l. 36 §. 3 D. ad l. Falc. 35, 2. Denn wenn es dort heißt „servus legatus — vindicari petive potest," so ist dies entweder ein bloßer Pleonasmus, oder es ist, wenn wirklich verschiedene Klagen unterschieden werden sollen, in Gedanken zu ergänzen: je nachdem per vindicationem oder per damnationem bezw. per fideicommissum vermacht ist.

41) Das Reskript wird referirt in §. 12 I. de legat. 2, 20 mit der bemerkenswerthen Aenderung: et ideo legatarium cum herede agere posse, ut praedia a creditore luantur. Ueber die Inskription dieses vom 26. April 211 datirten

Qui post testamentum factum praedia quae legavit pignori vel hypothecae dedit, mutasse voluntatem circa legatariorum personam non videtur; et ideo etiam si in personam actio electa est, recte placuit ab herede praedia liberari.

Der Erbe soll verpflichtet sein, die vermachte Sache, wenn sie vom Erblasser nach der Testamentserrichtung verpfändet war, vom Pfandrecht zu befreien.[42]) Schwierigkeit macht nun in dem zweiten Theile des Reskripts der Passus „etiam si in personam actio electa est," da man das etiam sowohl mit si verbinden, als auch auf „recte placuit" beziehen kann. Bei der ersten Construction würde die Stelle sagen: „und daher ist, selbst wenn die persönliche Klage gewählt ist, mit Recht angenommen worden, daß der Erbe das Grundstück vom Pfandrecht befreien müsse." Wählt man dagegen die letzte Construction, so hieße es: „und daher ist auch, falls (oder vorausgesetzt daß) die persönliche Klage gewählt ist, u. s. w." Bleiben wir bei der ersten Construction stehen, so würde die Verpflichtung des Erben, das Grundstück pfandfrei zu machen, auch im Falle der Anstellung der dinglichen Klage als um so mehr begründet und zweifellos anerkannt werden. Wir hätten uns dann die Sache so vorzustellen, daß das per vindicationem legirte Grundstück bloß hypothekarisch verpfändet war und im Besitz des Erben sich befindet. Daß aber in diesem Falle die Befreiung von dem Pfande dem

Reskripts vgl. Fitting über d. Alter d. Schriften Röm. Jur. S. 48 A. 56, welcher (wie schon vor ihm Schulting iurispr. Antej. p. 211 erkannt hat) nachweist, daß dasselbe trotz §. 12 I. cit. auf Caracella u. Geta bezogen werden muß.

42) §. 5 I. de legat. 2, 20. l. 6 C. de fideic. 6, 42 und überhaupt Th. 46. S. 135 ff.

Erben nicht zur Last fällt, also nicht in dem restituere arbitratu iudicis mit inbegriffen ist, ergiebt sich mittelst eines unzweifelhaften arg. e contrario aus Paul. sentent. III. 6 §. 8.[43])

So bliebe denn nur die zweite Construction übrig und dann würde unter Voraussetzung eines Vindicationslegates allerdings die Folgerung unvermeidlich sein, daß der Legatar die Wahl zwischen der rei vindicatio gegen den Besitzer (Erben oder auch Pfandgläubiger), welcher ihn allerdings durch Einrede zurückweisen könnte, und der act. in personam habe. Wunderbar nur, daß das Reskript dann hervorheben sollte, daß der Erbe einzig bei Erhebung der persönlichen Klage zur Einlösung der Sache verpflichtet sei. Und vor Allem, wie sollte der Kaiser bei diesem die Verpfändung der vermachten Sache überhaupt betreffenden Reskript gerade nur den Fall des Vindicationslegats vor Augen haben? Man braucht sich nur die Sachlage klar zu vergegenwärtigen, um zu erkennen, daß diese Supposition vollständig ausgeschlossen ist. Die Anfrage betrifft die Gültigkeit des Vermächtnisses eines Grundstückes, welches der Testator später verpfändet hatte. In welcher Form dieses Vermächtniß angeordnet war, hatte die Anfrage nicht mitgetheilt. Das Reskript erklärt nun zunächst, die nachfolgende Verpfändung enthalte keine Willensänderung des Testators, also keinen Widerruf des Vermächtnisses; und weiter, es sei mit Recht angenommen,[44]) daß auch die Befreiung von

43) Si res obligata creditori, cuius causam testator non ignoravit, per d a m n a t i o n e m legata sit, luitio ad heredis sollicitudinem pertinet. Vgl. den Comment. Th. 46. S. 144 ff.

44) „Recte placuit" kann entweder erstanden werden, in der gewöhnlichen Bedeutung, von einem anerkannten Rechtssatz, oder von einem im vorliegenden Falle ergangenen Urtheil (wie z. B. in l. 88 pr. D. de leg. II. l. 14 §. 4

dem Pfandrecht dem Erben obliege (wie es sich beim Vermächtniß einer bereits verpfändeten Sache verhält), falls die persönliche Klage gewählt ist, vorausgesetzt natürlich, daß diese überhaupt zuständig war, — also, werden wir m. a. W. sagen können, wenn ein Damnationslegat vorliegt.[45]) Die Richtigkeit dieser Auslegung würde noch bestärkt werden, wenn man annehmen dürfte, daß im Reskript ursprünglich gestanden hätte „pignori vel fiduciae," wofür die Compilatoren hypothecae setzten, eine Interpolation, auf welche allerdings Paulus sent. III. 6 §. 16[46]) deuten kann.

B. Wir haben gesehen, daß keine der angezogenen Quellenstellen einen direkten und zwingenden Beweis für die Behauptung erbringt, daß jedes Vindicationslegat auch mit act. in personam habe geltend gemacht werden können. Es fragt sich nur noch, ob sich nicht diese Meinung durch innere Gründe rechtfertigen oder gar aus dem Wesen des Vermächtnisses erweisen lasse. Da kommt zunächst das vielberufene SC. Neronianum in Betracht.[47]) Es wäre

D. de bon. libert. 38, 2. l. 30 D. de pact. dot. 23, 4); ob es aber in dem einen oder andern Sinne genommen wird, macht für die Auslegung der Stelle hier keinen Unterschied.

45) Vom Standpunkt des Justinianischen Rechts aus (vgl. §. 12 I. cit. Anm. 41) ist die Stelle zu verstehen von der Klage gegen den Erben auf Befreiung der im Besitze des Pfandgläubigers befindlichen Sache, damit sie der Legatar von diesem vindiciren könne.

46) Rem legatam testator si pignori vel fiduciae dederit, ex eo voluntatem mutasse non videtur. Daß Paulus hier unser Reskript vor Augen habe, wird auch von Schulting und Fitting a. a. O. angenommen. Zweifelnd äußert sich Krüger, Geschichte d. Quellen d. Röm. R. S. 212 Anm. 111.

47) Hauptstellen: Gaius II. §. 197. 212. 218. 220. 222. Ul-

ein vergebliches Bemühen, den Wortlaut desselben auch nur annähernd festzustellen.[48]) Sicher scheint hinsichtlich seines Inhaltes nur zweierlei. Einmal: es betraf die wegen einer unrichtigen, d. h. dem Gegenstande des Vermächtnisses nicht angemessenen Formel der Anordnung iure civili ungültigen Legate, und zwar bezog es sich zunächst auf die in Form des Vindicationslegates angeordneten Vermächtnisse. Sodann: es wurde ihm im Laufe der Zeit durch die Jurisprudenz und zwar gerade mittelst einer an seinen Wortlaut sich anschließenden Interpretation eine erweiterte Anwendung zu Theil, indem man es auf Fälle bezog, die nach seinem ursprünglichen Sinn nicht unter ihm begriffen waren.

Der Gesetzgeber hatte vornehmlich den Fall im Auge, wenn die vermachte Sache dem Erblasser zwar im Augenblick seines Todes, aber noch nicht zur Zeit der Testamentserrichtung nach quiritischem Recht gehörte. So wenn der Testator inzwischen die Usucapion der bereits in seinen Besitz befindlichen Sache vollendet hatte;[49]) und ebenso wenn zur Zeit der Testamentserrichtung die legirte Sache noch in der Fiducia eines Dritten sich befand, später aber wieder in das Eigenthum des Erblassers zurückkam. Hier mußte die Rücksichtnahme auf den Willen des Testators

piani lib. sing. regul. XXIV. 11a. Im Uebrigen Arndts in dem Comment. Th. 46. S. 36 ff.

48) Dem fraglichen Wortlaut des SCtum möchte die Inhaltsangabe Ulpians a. a. O. am nächsten kommen. Es bezog sich wohl in seinem Eingang auf die legata earum rerum, quae ex iure Quiritium testatoris non fuerint und bestimmte dann, wie Ulpian referirt, ut quod minus aptis verbis legatum (vielleicht auch iure inutile) est, perinde utile sit ac si optimo iure legatum esset.

49) Weiter ab liegt schon das Vindicationslegat der vom Erblasser gekauften und ihm erst nach der Testamentserrichtung übereigneten Sache.

am dringendsten eine Abhülfe gegen die Consequenz der Formstrenge des ius civile gebieten. Denn das Eigenthum der Sache ging ja auf den Erben über und es mochte wohl das Rechtsgefühl in schroffer Weise verletzen, wenn derselbe die Sache unter Berufung darauf, daß das quiritische Eigenthum dem Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht zugestanden hatte, gegen den ausgesprochenen Willen des letzteren ruhig hätte behalten können. Besonders grell tritt diese Ungerechtigkeit hervor, wenn der Erblasser die Sache zur Zeit der Testamentserrichtung bereits in bonis gehabt hatte; sie ihm also gar nicht mehr entzogen werden konnte. Und dazu konnte man hier gar nicht einmal sagen, daß sich der Testator in der Vermächtnißformel vergriffen hätte; denn wußte er, daß ihm die Sache noch nicht gehöre, insbesondere, daß die Usucapio noch nicht vollendet sei, so würde er durch die Anordnung eines Damnationslegats den Erben unter Umständen mehr, als er selbst wollte, belastet haben. Ein anderer Fall, auf welchen sich das SC. Neronianum sicher schon von Anfang an bezog, war der, wenn die Sache sich auch zur Zeit des Todes des Erblassers bloß in bonis desselben befand.

Schwerlich dagegen fand das SC. Neronianum auf das Vindicationslegat einer fremden Sache überhaupt — „quae numquam testatoris fuit“ oder „quae nullo iure testatoris fuit“ — schon von jeher durchgreifend Anwendung, da eine gleiche Rücksicht auf den Willen des Testators hier nicht die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses erforderte. Hielt der Testator sich irrthümlich für den Eigenthümer, so wollte er doch offenbar, indem er die Sache direkt vermachte, nur das ihm an der Sache zustehende Recht übertragen, aber nicht den Erben verpflichten, dem Legatar das Eigenthum zu verschaffen. Wußte er aber, daß ihm die Sache nicht gehöre, so hätte er hier allerdings

nur eine unrichtige Vermächtnißformel angewendet.[50]) Indessen gegen die ursprüngliche Anwendung des SC. Ne-

50) Möglicherweise aber mit Vorbedacht (vgl. S. 25); freilich nicht in dem Sinne, als ob er sich „nur einen schlechten Spaß habe machen wollen“ (Arndts a. a. O. S. 37), sondern weil er die Sache „in gleicher Weise, wie sie ihm gehörte, dem Legatar zuwenden wollte.“ Nehmen wir an, der Erblasser war ein in mala fides gerathener Usucapionsbesitzer, welcher dem vom fremden Eigenthum nichts wissenden Legatar die Sache verschaffen wollte, indem er ihm die Ersitzung ermöglichte. Hätte er die Formel des Damnationslegates gewählt, so wäre nach der ursprünglichen Auffassung der Erbe immer zum dare d. h. zur Verschaffung des Eigenthums verpflichtet gewesen; während derselbe, wenn die Sache in der Form do lego vermacht war, sie nur hinzugeben brauchte. Das ist freilich unerheblich bei der Geltendmachung des Vermächtnisses. Denn klagte der Legatar mit der rei vindicatio gegen den Erben und vermochte — da letzterer sich darauf beruft, daß der Erblasser nicht Eigenthümer war — nicht durchzudringen, so würde der Erbe, wenn später die persönliche Klage ex testamento erhoben wird, immer die Sache selbst zu leisten haben. Aber von praktischer Bedeutung ist jener Unterschied, wenn dem Erben inzwischen die Sache abgestritten war, und namentlich wenn die dem Legatar freiwillig herausgegebene Sache, diesem später evincirt wird. Wäre per damnationem vermacht, so würde nun der Erbe in Anspruch genommen werden können, nicht aber im Falle des Vindicationslegats. Vielleicht fällt damit auch einiges Licht auf die bestrittene Haftung des Erben für Eviction. Es hängt hier alles ab von der Ermittelung des Willens des Erblassers. Weder kann man behaupten, daß der Erbe, wenn der Erblasser die vermachte fremde Sache irrthümlich für eine eigene hielt, nie für Eviction einzustehen habe, noch, daß ihm die Evictionshaftung allemal zur Last falle, wenn der Erblasser das fremde Eigenthum kannte. Vgl. unten §. 1526 f. I. c.

ronianum spricht die Unwahrscheinlichkeit der Annahme, daß dasselbe die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses von der Ermittelung des Wissens des Erblassers abhängig gemacht habe. Denn da ursprünglich das Damnationslegat einer fremden Sache — eben wegen seiner Form — ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Erblassers den Erben zur Leistung derselben verpflichtete,[51]) so würde die Anwendung des SC. Neronianum dahin geführt haben, auch im ersteren Falle im Widerspruch nicht bloß mit der Legatsformel, sondern auch mit dem ausgesprochenen Willen des Testators den Erben zu belasten. Nur in dem Falle, wenn die Sache in beiden Zeitpunkten im fiduciarischen Eigenthum des Dritten stand, griff gewiß von jeher das Senatusconsultum Platz, da eine solche Sache doch materiell als eine eigene Sache des Testators gelten konnte. Dagegen wurde wohl schon zu Gaius Zeiten jedes Vindicationslegat fremder Sachen unter das Senatusconsultum gezogen und als Damnationslegat behandelt.

C. Wie dem nun auch im übrigen sein möge, gegen die weitere Annahme, daß ein gültiges und wirksames Vindicationslegat infolge des SC. Neronianum vom Vermächtnißnehmer allemal als Damnationslegat hätte geltend gemacht werden können, so daß es ihm überhaupt oder wenigstens im Zweifelsfalle überlassen gewesen wäre, die Sache zu vindiciren oder mit persönlicher Klage vom Erben einzufordern, erheben sich die gegründetesten Bedenken. Arndts und die übrigen Vertreter jener Meinung scheinen immer nur den Fall vor Augen zu haben, daß der Erbe selbst die

51) Bis auf Antoninus Pius, welcher die Meinung des Neratius, daß es auf das Wissen des Erblassers ankomme, in einem besondern Reskript bestätigte. S. Th. 46. S. 153. Bachofen Pfandrecht S. 125 ff. Brinz Pand. 2. Aufl. III, 1. §. 415 Anm. 5.

vermachte Sache besitzt, ohne in Erwägung zu ziehen, daß dasselbe doch auch dann, wenn die Sache in dritter Hand sich befindet, gelten müßte. Aber bleiben wir bei jenem Falle zunächst stehen. Auch da ist es schon wegen der bei der Klage aus dem Damnationslegat eintretenden Litiscrescenz nicht sehr wahrscheinlich, daß man den Erben genöthigt hätte, sich auf diese Klage einzulassen, während der Legatar mit der rei vindicatio und act. ad exhibendum zum Ziele gelangen konnte. Wie Arndts[52]) meint, erforderte schon die Rücksicht auf die „praktische Gestaltung des Verhältnisses" die persönliche Klage aus dem Vindicationslegat. Aber ganz abgesehen davon, daß dieselbe Rücksicht doch auch vor dem SC. Neronianum hätte maßgebend sein müssen, scheinen die von ihm hervorgehobenen Unzuträglichkeiten, die sich aus der entgegengesetzten Meinung ergeben sollen, nicht sehr schwerwiegend zu sein.

Nämlich wenn der Legatar die Sache vindicirt, so mußte er nach allgemeinen Grundsätzen sein Eigenthum beweisen, also auch nachweisen, daß der Erblasser „utroque tempore" Eigenthümer war.[53]) Gelingt ihm dieser Beweis nicht, also ist festgestellt, daß kein gültiges Vindicationslegat vorliege, so steht ihm die act. in personam gegen den Erben offen. Umgekehrt klagt der Legatar zuerst mit der persönlichen Klage auf dare oportere, so hätte er abgewiesen werden müssen, wenn der Erbe den Beweis führte, daß ein gültiges Vindicationslegat vorliege, mithin Kläger Eigenthümer sei, hätte aber dann mit der rei vindicatio zum Ziele gelangen können. Also, wendet man ein, hätte

52) Th. 46. S. 40. Anm. 82, indem er gegen Mayer Lehre von den Legaten §. 2 A. 12 polemisirt.

53) Es will mir übrigens scheinen, als ob hier vielmehr der Gegner (Erbe) zu beweisen hatte, daß die Sache nicht im quiritischen Eigenthum des Erblassers gestanden hatte.

der Legatar das Risiko auf sich nehmen müssen, zuerst mit der rei vindicatio bezw. act. in personam durchzufallen? Möglicherweise allerdings; aber jene Supposition erscheint als eine rein theoretisch ausgeklügelte, für welche sich in der thatsächlichen Gestaltung des Verhältnisses gewiß kein Anlaß bieten konnte. Wir sehen ganz davon ab, daß doch schon durch die Verhandlung in iure dem Legatar meistens Gelegenheit geboten war, sich darüber aufzuklären, welche Klage in concreto die richtige wäre. Auch mag dahingestellt bleiben, ob nicht unter Umständen eine alternative Cumulation beider Klagen möglich war.[54]) Aber sollte wirklich der Fall jemals vorgekommen sein, oder überhaupt vorkommen können, daß der im Besitz befindliche Erbe auf den vom Kläger geführten Beweis der gültigen Errichtung des Vermächtnisses erwiderte: „ich anerkenne vollständig die Rechtsbeständigkeit des Vermächtnisses, muß auch zugeben, daß ich die Sache herauszugeben habe, aber der Kläger ist nicht, wie er behauptet, schon durch das Vermächtniß Eigenthümer geworden, sondern soll erst durch die mir oblie-

54) Ich wüßte nicht, was einer Formel wie: si paret Stichum ex iure Quiritium A^i A^i esse aut si paret N^m N^m Stichum A^o A^o ex testamento dare oportere, quanti ea res est etc. entgegenstünde, abgesehen von dem Umstande, daß der arbitratus de restituendo im ersten Theile fehlte. Aber sowohl beim Damnations- wie beim Vindicationslegat erfüllt der Erbe durch Herausgabe der Sache das Vermächtniß, nur daß er dort, wenn die Sache eine fremde ist, unter Umständen zur cautio de evictione verbunden ist. Und so wird denn auch die Condemnation auf das quanti ea res est immer abgewendet, wenn der Erbe die Sache herausgiebt, mag der Legatar mit actio in rem oder in personam klagen. — Uebrigens konnten ja auch, wenn man sich an der alternativen Fassung der Intentio stößt, zwei Klagformeln erlangt und dem Judex übergeben werden arg. l. 1 §. 4 D. qu. legat. 43, 3.

gende Herausgabe Eigenthümer werden"; oder „Kläger hat das dare der Sache von mir nicht zu fordern, sondern er ist schon Eigenthümer und ich habe sie zu Unrecht im Besitz, — und deswegen verlange ich Abweisung des Legatars mit der gewählten Klage"? Ein so chikanöses Verhalten des Beklagten könnte man sich nur dann vorstellen, wenn man davon auszugehen hätte, daß jeder Beklagte im Durchschnitt ebenso rabulistisch wie thöricht ist.[55]) Aber gleichviel; daraus, daß der Legatar im einzelnen Falle mit der persönlichen Klage durchdringt, weil der Beklagte sich nicht darauf beruft, daß ein gültiges Vindicationslegat bestehe, würde doch noch keineswegs folgen, daß ein solches nach dem SC. Neronianum stets auch als Damnationslegat behandelt und mit actio ex testamento verfolgt werden dürfe.

Wir wenden uns jetzt zu dem Falle, wenn die per vindicationem gültig vermachte Sache im Besitze eines Dritten sich befindet. Auch hier müßte man consequent die act. in personam gegen den Erben zulassen. Und in der That scheint dies Arndts durch gleiche praktische Rücksichten geboten zu sein. Denn „wie — sagt er — wenn infolge des vom Erben geführten Beweises, daß die Sache utroque tempore ex iure Quiritium testatoris fuit, der Legatar mit der act. in personam abgewiesen wurde, und

55) Ein ähnlicher Fall wäre der, wenn A. irrthümlich seine eigene Sache von B. sich hat promittiren lassen. Freilich dringt er mit der Klage aus der Stipulation nicht durch, wenn B. das Eigenthum des Klägers beweist. Aber daß sich letzterer darauf berufen wird, um demnächst der Vindication zu unterliegen, ist doch kaum anzunehmen. Könnte man aber deshalb sagen, daß dem A. hier neben der rei vindicatio die condictio zuständig ist? Uebrigens hätte der Richter hier nicht doch, wenn der Beklagte die Sache nicht herausgab, auf quanti ea res est verurtheilen können?

nun die rei vindicatio gegen den dritten Besitzer anstellte, in diesem Prozeß aber ihm der Beweis mißlänge, der in jenem Prozeß dem Erben gelungen war? Dann hätte der Legatar das leere Nachsehen, weil die act. in personam consumirt war. Und ebenso mutatis mutandis im umgekehrten Falle, wenn der Legatar zuerst die vindicatio vergeblich versucht hatte." Das Resultat ist unwidersprechlich, aber aus ihm folgt wiederum nicht, was Arndts beweisen will. Von vornherein möchte ich auch hier wieder in Abrede stellen, daß die ganze Sachlage mit praktischem Blicke angeschaut ist. Offenbar wird der Legatar, wenn das Vermächtniß als Vindicationslegat nicht prima facie ungültig ist, zunächst die Sache vom dritten Besitzer vindiciren, wobei ihn der Erbe mit seinen Beweismitteln für die Gültigkeit des Vermächtnisses (also insbesondere für das quiritische Eigenthum des Erblassers) zu unterstützen hat. Wird er abgewiesen, so kann dies seinen Grund haben entweder darin, daß die Sache überhaupt eine fremde ist, oder darin, daß sie zwar dem Erblasser gehörte, aber nur in bonis desselben (sei es bloß im Zeitpunkt der Testamentserrichtung, sei es auch zur Zeit des Todes) war. Wenn er dann in personam gegen den Erben klagt, so wird dieser den Gegenbeweis, daß ein gültiges Vindicationslegat vorhanden, der Legatar also Eigenthümer sei, gar nicht zu führen im Stande sein, oder wenn er ihn zu führen vermöchte, mit demselben überhaupt nicht zugelassen werden, da er ja alsdann auch dem dritten Besitzer die Sache mit rei vindicatio oder act. Publiciana abzunehmen in der Lage wäre. Setzen wir aber, der Legatar klagte zuerst mit der actio in personam gegen den Erben und wäre auf den von diesem geführten Beweis abgewiesen, so scheint es doch zunächst sehr ferne zu liegen, daß er seinerseits bei der späteren rei vindicatio gegen den dritten Besitzer mit die-

sem Beweise nicht durchzudringen vermöchte.[56]) Jedenfalls könnte aber schon beim Urtheil in der ersten Klage durch Cautionsstellung des Erben hinsichtlich eventueller Leistung der Sache darauf Rücksicht genommen werden.

Und nun betrachten wir die Kehrseite der entgegengesetzten Auffassung. Dem Legatar würde die persönliche Klage gegen den Erben auch dann zustehen, wenn ohne Verschuldung des letzteren die Sache in die Hand des Dritten gelangt war, ja sogar wenn sie bei Lebzeiten des Erblassers, vielleicht schon zur Zeit der Testamentserrichtung, wie er selbst wußte, im fremden Besitz war.[57]) Könnte hier aber nicht der Erbe leicht mehr belastet werden, als er es nach dem Willen des Erblassers sein sollte, zumal wenn er ursprünglich beim Damnationslegat, ebenso wie bei der Stipulation unbedingt zum dare verpflichtet war? Setzen wir nur den Fall, der Dritte hätte die per vindicationem vermachte Sache des Erblassers nach dessen Tod ersessen. Hier würde nach jener Auffassung des SC. Neronianum der Legatar auch vom Erben mit der persönlichen Klage die Leistung der Sache habe verlangen können, obwohl sie doch der Erblasser nur aus dem Nachlaß ausscheiden und

56) Auch hier mag der Fall der Stipulation der eigenen Sache in Parallele gestellt werden.

57) Nur nebenbei will ich eine Schwierigkeit berühren, die sich leicht einstellen könnte. Wie soll sich denn der Erbe die Sache vom dritten Besitzer, falls er mit diesem nicht in einem Contraktsverhältnisse steht, verschaffen, um sie dem Legatar zu leisten? Wenn er sie vindicirt, könnte doch der Besitzer sich darauf berufen, daß der Legatar Eigenthümer ist. Oder sollte er etwa Namens des Legatars klagen können? Da müßte ja der gegen den Erben auf dare oportere klagende Legatar diesem selbst wieder die rei vindicatio cediren. In welche Widersprüche gerathen wir da!

ihm zuwenden wollte. Oder auch die im Nießbrauch eines Dritten stehende oder diesem verpfändete Sache war in Form des Vindicationslegates vermacht. Hätte auch dieses vom Vermächtnißnehmer mit act. in personam geltend gemacht werden können, so würde dem Erben die Befreiung vom Nießbrauch oder Pfandrecht obgelegen haben, während er dazu beim Vindicationslegat nicht verpflichtet war. [58])

Nun wäre es ja freilich immerhin möglich, daß die spätere Jurisprudenz den Gedanken des SC. Neronianum weiter fortbildete. Während dieses sich nur auf Vindicationslegate bezog, die wegen ihrer formell fehlerhaften Anord-

58) Vgl. Anm. 43. l. 66 §. 6 D. de leg. II. (s. Th. 46. S. 130) handelt von einem Damnationslegat; wir werden noch im folgenden Paragraphen darauf zurückkommen. Es fragt sich nur, wie nun, wenn hier das per vindicationem angeordnete Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen Sache, da sie nicht utroque tempore in seinem quiritischen Eigenthum stand, als Damnationslegat aufrecht erhalten wurde? Es ist mir mehr als zweifelhaft, ob auch in diesem Falle der Legatar Anspruch auf Befreiung vom Nießbrauch oder Pfandrecht hatte. Es bleibt immer ein Unterschied ob wirklich per damnationem legirt war, oder ob das Vermächtniß nur hinsichtlich seiner Gültigkeit als Damnationslegat behandelt wurde. War das Legat iure civili ungültig, so konnte unmöglich durch Aufrechterhaltung desselben als Damnationslegat der Vermächtnißnehmer mehr erlangen und der Erbe mehr beschwert sein, als es bei einem gültigen Vindicationslegat der Fall gewesen wäre. Es bezieht sich dies, wie noch ausdrücklich hervorgehoben werden mag, auf das Vermächtniß eigener Sachen des Erblassers. Ist endlich dem Erben selbst der Nießbrauch oder das Pfandrecht zuständig, so würde, da auch beim Vindicationslegat das betreffende Recht zwar nicht ipso iure untergeht, aber doch dem Willen des Erblassers entsprechend nicht geltend gemacht werden kann oder aufgehoben werden muß, ein praktischer Unterschied zwischen beide Klagen in dieser Beziehung nicht stattfinden.

nung iure civili ungültig waren, hätte man es vielleicht im Laufe der Zeit auf solche völlig rechtsbeständige Legate erstreckt, bei welchen infolge der gewählten Form der Anordnung die Vermächtnißverfügung nicht die volle, vom Testator gewollte Wirkung haben konnte. Man würde dann etwa folgendermaßen argumentirt haben: Nach dem Wortlaut des Senatsschlusses soll ein nicht in den rechten Worten angeordnetes Legat so behandelt werden, als wäre es optimo iure hinterlassen. Nun ergiebt sich aber aus den Umständen, daß die gewählte Form des Legates nicht die rechte ist, weil sie dem Willen des Erblassers nicht entspricht, also daß „minus aptis (s. rectis) verbis legatum sit“: mithin kann das an sich gültige Vindicationslegat auch als Damnationslegat behandelt und dem Legatar die act. ex testamento gegeben werden. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Behandlung der Vermächtnisse ganz aus dem Rahmen des SC. Neronianum heraustritt. Trotzdem soll die Möglichkeit dieser Auffassung und Entwicklung nicht von vornherein zurückgewiesen werden. Aber daß dieselbe von den Römischen Juristen der klassischen Zeit, oder auch nur im nachklassischen Recht wirklich vertreten wäre, dafür bieten die Quellen auch nicht den Schein eines Anhaltes.

III. Allerdings scheint es, als ob auch beim Vindicationslegat hin und wieder eine persönliche Klage in den Quellen anzutreffen wäre. Jedoch diese Klage, deren Begründung vorläufig dahingestellt bleiben mag, hat jedenfalls mit dem SC. Neronianum gar nichts zu schaffen. Und damit knüpfen wir wieder an den zum Anfang dieses Paragraphen hingestellten Satz an, daß durch jedes Vermächtniß ohne Unterschied eine Obligation zwischen dem Vermächtnißnehmer und dem Onerirten begründet wird. Wir hatten es bisher zu thun mit dem auf Leistung (dare oportere) des Vermächtnißgegenstandes gerichteten Forderungsrecht, das uns im vorjustinianischen Recht nur beim Damnations-

legat entgegentritt. So hat es denn bis auf die neueste Zeit beinahe als selbstverständlich gegolten, daß von einem Obligationsverhältniß zwischen dem Erben (oder überhaupt dem Belasteten) und dem Vermächtnißnehmer im klassischen Recht nur eben bei diesem und dem legatum sinendi modo die Rede sein könnte[59]).

59) Schwankend und unsicher ist Marezoll in seiner Abhandlung zu der Lehre von den Vermächtnissen, in der Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß IX. Nr. 4. Nämlich S. 85 sagt er: „es bestand zwischen dem Erben und dem Legatar beim Vindicationslegat gar kein Obligationsverhältniß". S. 87: „Eine obligatio quasi ex contractu bezieht sich nur auf das Damnationslegat." Andererseits bemerkt derselbe aber, freilich nur hinsichtlich des bedingten Vindicationslegates, daß der Legatar zu dem Erben doch „in einer Art Obligationsverhältniß stehe, woraus ihm eine persönliche Klage nicht abzusprechen sei", und hebt ganz richtig hervor, daß „die besondere Verpflichtung des Erben als Eigenthümers in Rücksicht der Sache etwas ganz anderes sei, als die Prästation, zu der ein dritter Besitzer in bösem oder gutem Glauben bei Gelegenheit der gegen ihn angestellten rei vindicatio angehalten werden kann" (S. 89. 90). Ihn versucht zwar Mayer Lehre von den Legaten S. 10 Anm. 12 zu widerlegen, aber mit wenig stichhaltigen Gründen und ohne den Punkt, auf den es ankommt, zu treffen. Auch Schirmer Erbrecht I. S. 108. A. 4a hat sich gegen Marezoll erklärt. Indessen scheint letzterer doch auf dem rechten Wege gewesen zu sein, das wahre Verhältniß zu erkennen; er hätte nur den ganz richtigen Gedanken weiter verfolgen und nicht beim bedingten Vermächtniß stehen bleiben sollen. Ferner ist es Keller Institutionen S. 332 nicht entgangen, daß auch für das gültig gegebene Vindicationslegat da, wo es nicht durch Vindication geltend gemacht werden könne, die persönliche Klage diene. Aber erst Brinz Pandekten 1. Aufl. II. S. 941 (vgl. 2. Aufl. III, 1. S. 401) hat nachdrücklichst ausgesprochen, daß „überall mit dem Rechte

A. Dem gegenüber muß behauptet werden, daß nicht bloß durch jenes, sondern durch jedes, auch das Vindicationslegat, und ebenso wenn sonst das den Gegenstand des Vermächtnisses bildende Recht unmittelbar dem Vermächtnißnehmer erworben wird, eine Obligation zwischen diesem und dem Erben ins Leben gerufen werde, als deren Gegenstand im allgemeinen nur die Erfüllung der die Zuwendung enthaltenden letztwilligen Verfügung bezeichnet werden kann. Der Erbe ist nicht etwa bloß obligatorisch verpflichtet, die bestimmte ihm auferlegte Leistung zu machen, also das zu geben, zu thun, zu unterlassen, was der Erblasser ihm zu Gunsten des Legatars anbefohlen hat; er steht beim Vindicationslegat dem Vermächtnißnehmer nicht etwa wie sonst ein dritter Besitzer dem Eigenthümer gegenüber: sondern er ist durch die Verfügung des Erblassers überhaupt verpflichtet, sich so zu verhalten, daß dem Legatar alles das gewährt werde, was ihm nach dem Willen des

des Eigenthums u. s. w., das der Honorirte unmittelbar bekommt, eine Obligation des Onerirten zur Erfüllung alles dessen, was jenem hienach vom Vermächtniß noch abgeht", verbunden sei. Aber eine grundsätzliche Scheidung der verschiedenen Erscheinungen dieser Obligation liegt ihm ferne, und er kommt schließlich doch wieder auf die dem Legatar nach dem SC. Neronianum angeblich zustehende Wahl zwischen persönlicher und dinglicher Klage hinaus. Prinzipieller ist die Sache erst von Kretschmar, Natur d. Prälegats S. 114 ff. erfaßt, welcher scharf hervorhebt, daß bei jedem Legat vorhanden sei „eine allgemeine Legatsforderung obligatorischer Natur, daß dem Legatar, was ihm der Testator zugedacht, gewährt werden soll," welche „klagbar wird erst im Moment, wo ein Erbe antritt und gegen den antretenden Erben." Ihm schließt sich im wesentlichen Karlowa das Rechtsgeschäft S. 50 ff. an. — Die im Text folgende Darstellung weicht jedoch nicht unerheblich von den Genannten ab.

Erblassers zukommen soll. Er darf also als Belasteter nichts vornehmen, wodurch die erblasserische Zuwendung an den Legatar vereitelt oder geschmälert werden könnte. Ja er ist sogar zu einer positiven Thätigkeit im Interesse des Legatars verbunden, damit der Wille des Testators in vollem Umfange in Wirksamkeit trete. Auch die in dem Vindicationslegat enthaltene Erklärung des Erblassers, daß der Legatar Eigenthümer der vermachten Sache sein, daß ihm der Nießbrauch u. dgl. zustehen solle, erzeugt somit eine obligatorische Verbindlichkeit des Erben.

In der Mehrzahl der Fälle tritt freilich jene Obligation nicht klar hervor. Beim Damnationslegat wird mit einer und derselben actio ex testamento (mag sie eine intentio certi oder incerti enthalten) nicht bloß der Vermächtnißgegenstand eingefordert, sondern der aus der Zuwendung erwachsene Anspruch des Legatars überhaupt realisirt, so daß die Klage das gesammte Interesse des letzteren umfaßt, welches durch das der letztwilligen Verfügung widersprechende Verhalten des Erben verletzt worden ist. Da durch dasselbe das „quanti ea res est“ oder „quidquid dare facere oportet“ der Klagformel inhaltlich mit bestimmt wird, so beansprucht und erlangt der Vermächtnißnehmer hier Alles, was ihm nach des Erblassers Willen gewährt werden soll, und es war regelmäßig von geringem praktischen Werth, hier neben dem auf Leistung des Vermächtnißgegenstandes selbst gerichteten Forderungsrecht des Legatars noch ein besonderes „obligatorisches Recht“ auf Vollziehung des Vermächtnisses zu unterscheiden. Ja genauer betrachtet, ist letzteres in ersterem, sobald dies entstanden, mitenthalten: handelt es sich doch bei der persönlichen Klage immer darum, ob und was der Erbe dem Legatar auf Grund der Zuwendung nach dem Willen des Erblassers zu leisten habe. Was aber das Vindicationslegat anbetrifft, so äußert sich die zwischen Erben und Legatar be-

stehende Obligation vornehmlich wirksam hinsichtlich des arbitratu iudicis zu bestimmenden Umfanges der Restitution und hinsichtlich der litis aestimatio bei der betreffenden gegen den Erben angestellten dinglichen Klage. So z. B. wenn durch Verschuldung des Erben die vermachte Sache weggekommen oder verloren gegangen ist [60]). Oder wenn infolge der Nachlässigkeit desselben ein Dritter an dem vermachten Grundstück eine Servitut ersessen hat, oder umgekehrt eine dem Grundstück zustehende Servitut durch Verjährung untergegangen ist. Ferner, wenn der Zutritt zu dem Grundstück, an welchem der Nießbrauch direkt vermacht ist, nur durch ein dem Erben gehöriges erfolgen kann, u. dgl. m. Es könnte hier die Vermächtnißobligation durch die rei vindicatio (oder act. confessoria), der ja überhaupt obligatorische Elemente nicht fehlen, mit realisirt werden. Aber auch da läßt sich doch das Bestehen einer besonderen durch das Testament begründeten Obligation nicht verkennen, wenn wir die Stellung des Erben zum Legatar im Vindicationslegat mit der des dritten Besitzers der Sache zum Eigenthümer bei der rei vindicatio vergleichen. Dort ist nämlich die Restitution der Sache Gegenstand eines von Anfang an bestehenden obligatorischen Verhältnisses, während hier eine eigentliche obligatio ad restituendum (wenn wir von dem unredlichen Erwerbe der Sache absehen) immer erst durch den Restitutionsbefehl des Judex oder höchstens durch die Litiscontestatio begründet würde. Die praktischen Folgen jener Auffassung werden wir gleich kennen lernen.

Es giebt aber auch Fälle, in denen der allgemeine aus der erblasserischen Zuwendung entspringende obligatorische Legatsanspruch gegen den Belasteten, nämlich der

60) Wir werden hierauf in §. 1526. b. unter III. zurückkommen.

Anspruch auf Verschaffung des Zugedachten, also Realisirung der Vermächtnißverfügung in dem vom Erblasser gewollten Umfange, sich klarer abhebt und von praktischer Bedeutung erweist neben dem oder anstatt des durch den Vermächtnißerwerb für den Legatar begründeten dinglichen bezw. Forderungsrechts. Allerdings lassen sich nicht alle diese Fälle unmittelbar durch Quellenaussprüche belegen [61]), jedoch wird die analoge Anwendung derselben keinem Bedenken unterliegen; wiewohl andererseits zugegeben werden muß, daß eine scharfe prinzipielle Unterscheidung hinsichtlich des Anspruches des Vermächtnißnehmers den Römischen Juristen fern gelegen hat. Wir werden die in Betracht kommenden Fälle unter drei Gesichtspunkte bringen können.

a. Der Vermächtnißnehmer ist nicht beschränkt auf das ihm aus dem Vermächtniß unmittelbar erworbene Recht, vielmehr kann er vom Erben mit persönlicher Klage noch verlangen, daß derselbe ihm alles dasjenige gewähre, wodurch ihm erst die dem Willen des Erblassers entsprechende Nutzung des Vermächtnißgegenstandes ermöglicht oder die Ausübung des erworbenen Rechts sichergestellt wird [62]).

61) Es soll hier nur eine übersichtliche Zusammenstellung gegeben werden; die verschiedenen Fälle sind später in einem andern Zusammenhange mit den bezüglichen Quellenstellen ausführlicher zu erörtern.

62) Man kann auch sagen, dieser Anspruch gehöre mit zum Inhalt des angeordneten Vermächtnisses, welcher aus dem zu ermittelnden Willen des Erblassers bestimmt werden muß. Das ist ganz klar, wenn durch dasselbe überhaupt nur eine Forderung des Bedachten entstehen sollte, wie beim Damnationslegat. Es wäre für die folgenden Fälle auch die Auffassung nicht ganz abzuweisen, daß in der den unmittelbaren Rechtserwerb des Legatars begründenden Zuwendung ein stillschweigendes Nebenvermächtniß enthalten sei, das mit besonderer actio incerti ex testamento (neben der rei vindicatio oder condictio certi) geltend gemacht werden könnte.

So kann beim Vindicationslegat eines Grundstückes der Vermächtnißnehmer nöthigenfalls Einräumung eines Weges zu demselben durch das in der Erbschaft verbliebene oder durch ein anderes vermachtes[63]); ferner beim bedingten Vindicationslegat Wiederherstellung der dem vermachten Grundstück früher an einem Grundstück des Erben zuständig gewesenen, durch Confusio untergegangenen Servituten fordern[64]). Ist eine Forderung vermacht, so hat der Legatar außer der ihm nach spätklassischem Recht gegen den Schuldner zustehenden utilis actio noch einen Anspruch gegen den Erben auf Herausgabe der Schulddokumente. Der Pächter, welchem der Nießbrauch des Pachtgrundstückes vermacht ist, kann auf Befreiung von der Pacht klagen[65]).

63) Darüber in §. 1526 a. Uebrigens würde hier, Besitz des Erben vorausgesetzt, auch die rei vind. zum Ziele führen, da erst mit Einräumung des Zutrittes eine rest. arbitratu iudicis stattfände. Indessen daß es sich hier doch um eine obligatio ex testamento handelt, wird niemand verkennen.

64) Nicht aber würde nach vorjustinianischem Recht dem Legatar beim dinglichen Vermächtniß eines dem Erblasser gehörigen Grundstückes der Erbe auf Ablösung des an demselben für einen Dritten bestehenden Nießbrauches oder Pfandrechtes haften.

65) l. 30 §. 1 D. de usufr. leg. 33, 2. (Javolenus oder vielmehr Labeo), wo statt „ex locationis actione" doch wohl „ex locatione" zu lesen sein dürfte trotz der jedenfalls mit dieser Stelle in engstem Zusammenhange stehenden l. 17 D. de lib. leg. 34, 3. Uebrigens gewährt die Stelle kein zweifelloses Argument. Setzt man in ihr ein Vindicationslegat voraus und nimmt man ferner an, daß die betr. Klage die persönliche act. ex testamento sei, so würde die Stelle allerdings hieher gehören. Aber das eine wie das andere ist fraglich. Es kann zunächst ein Damnationslegat vorliegen und dann wäre die act. ex testamento auf Befreiung von der Pacht nicht auffallend (l. 18 D. eod. 34, 3. cfr. l. 16 eod. l. 24 §. 5 D. locati 19, 2);

b. Durch das Verhalten des Erben (oder des sonstigen Onerirten) vor Antritt der Erbschaft oder beim bedingten Vermächtniß vor Eintritt der Bedingung [66]) wird der Vermächtnißerwerb vereitelt, noch genauer, die Entstehung des betr. Rechts, welches sonst durch den Erwerb des Vermächtnisses unmittelbar begründet wäre, verhindert. Also der Legatar wird nicht Eigenthümer, Nießbraucher, erwirbt nicht die Forderung auf den ihm vermachten Gegenstand, nicht die Schuldbefreiung u. s. w. Hier kann er Schadloshaltung verlangen, sofern der Belastete durch jenes Verhalten der Vermächtnißverfügung zuwiderhandelt. So z. B. wenn der Erbe vor Antritt der Erbschaft oder während Schwebens der Bedingung die gleichviel ob per vindicationem oder per damnationem legirte Sache zerstört [67]), oder den vermachten eigenen Sklaven freiläßt. Ferner wenn dem Schuldner des Erben Befreiung vermacht ist und von letzterem die Schuld vor Antritt der Erbschaft eingetrieben wird [68]), oder wenn beim bedingten Forderungsvermächtniß oder legatum liberationis die Eintreibung (bezw. beim ersteren auch Acceptilation oder Aufrechnung) vor Eintritt der Bedingung erfolgt [69]). Oder der Erbe verzögert den Erbschaftsantritt, um dem Legatar den hinterlassenen Nieß=

es kann aber auch die actio ex conducto gemeint sein. (l. 34 §. 1 De de usufr. 7, 1. vgl. l. 15 §. 9 D. locati 19, 2. l. 84 §. 5 D. de leg. I. cfr. l. 39 §. 2 eod.). Vielleicht ist hier übrigens an ein legatum sinendi modo zu denken.

66) Freilich findet hier cautio legatorum statt; das Recht auf diese würde aber dem Legatar, der vom Vermächtniß keine Kenntniß hatte, nichts nützen.

67) l. 7 §. 5 D. de dolo 4, 3.

68) l. 24 D. de liber. leg. 34, 3.

69) l. 21 §. 2. l. 7 §. 7 D. eod. vgl. l. 5 pr. D. de doli exc. 44, 4.

brauch zu schmälern oder ganz zu vereiteln. Die unter einer Bedingung (per vindicationem) vermachte Erbschaftssache wird vor Eintritt der Bedingung infolge der Nachlässigkeit des Belasteten usucapirt oder es wird ein Nießbrauch an ihr ersessen.

c. Nach dem Erwerbe des Vermächtnisses, also nachdem bereits das betr. Recht für den Legatar begründet worden ist, aber vor seiner Realisirung d. h. bevor der demselben entsprechende thatsächliche Zustand herbeigeführt und der Legatar in den Besitz und Genuß des ihm Hinterlassenen gekommen ist, wird die Ausübung oder die volle Ausübung des Rechts durch den Belasteten unmöglich gemacht und damit der Erfolg des Vermächtnisses vereitelt. So wenn beim unbedingten Vindicationslegat nach Antritt der Erbschaft, aber bevor der Legatar von dem Vermächtniß Kunde erhalten hat, die Sache selbst oder auch ein Nießbrauch an ihr von einem Dritten ersessen ist und der Erbe die Ersitzung verschuldet hat[70]). Oder der Erbe hat durch Veränderung der Sache, an welcher durch das Vermächtniß ein Nießbrauch begründet ist, bevor noch der Legatar in den Besitz desselben gelangt ist, z. B. durch Bebauung des freien Platzes den Untergang des Nießbrauches herbeigeführt[71]). Ferner würde auch der Fall hieher gehören, wenn der Erbe beim legatum nominis nach stattgefundener Cession (bezw. nach Entstehung des utilis actio des Legatars) die geschuldete Sache zerstört[72]), oder bevor

70) Es wird hier selbstverständlich abgesehen von einer Veräußerung des Erben und vom Justinianischen Ersitzungshinderniß. Ersterenfalls würde nach klassischem Recht auch act. ad exhibendum oder eine Bereicherungsklage (act. in factum) gegen den Erben platzgreifen können.

71) l. 5 §. 3 D. qu. mod. ususfr. 7, 4 vgl. l. 18 §. 2 D. de dolo 4, 3.

72) Hier könnte allerdings act. doli concurriren l. 18 §. 5 D. eod.

an den Schuldner die Denuntiation ergangen ist, die Schuld eingetrieben, aufgerechnet oder formell erlassen hat [73]).

B. Jedenfalls ist die bisher erörterte Obligation zwischen dem Belasteten und dem Vermächtnißnehmer, welche durch jedes Vermächtniß begründet wird, erst im Laufe der Zeit zur praktischen Anerkennung gelangt, und es kann füglich bezweifelt werden, ob selbst die spätklassischen Juristen zur vollen theoretischen Erkenntniß des Wesens derselben gelangt sind. Ursprünglich erzeugte einzig das Damnationslegat eine Obligation, und zwar eine strenge Verpflichtung zunächst auf das Geben der bestimmten Sache oder Summe (si paret dare oportere), dann auch auf Vornahme der vom Erblasser auferlegten anderweitigen Leistung. Diese Verbindlichkeit war wesentlich gleichartig der aus einer Stipulation hervorgehenden [74]). Andererseits enthielt das Vindicationslegat lediglich eine Ausscheidung der vermachten Sache aus dem Nachlaß. Wenn man nun dahin gelangte, bei der einen wie bei der anderen Vermächtnißart eine Obligation zu statuiren, deren Gegenstand überhaupt die Erfüllung der Vermächtnißverfügung ist, und wenn so auch beim Damnationslegat die Verpflichtung des mit dem Vermächtniß beschwerten Erben einen andern und weiteren Inhalt gewann, so wird die Annahme, daß diese Aenderung

73) War hier die geschuldete Sache oder Summe selbst vermacht, so würde an die Stelle der cedirten Klage oder utilis actio gegen den Schuldner die Klage gegen den Erben auf Leistung des Gegenstandes der Forderung treten.

74) Vgl. insbesondere auch Gaius II. §. 198: si per damnationem aliquis rem suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat; vgl. Q. Mucius und Pomponius in l. 34 §. 1 D. de auro leg. 34, 3.

der Auffassung mit der Anerkennung der Fideicommisse in einem gewissen Zusammenhange stehe, nicht zu gewagt erscheinen. Auch beim Legatum konnte man sagen, daß — wenngleich seine Rechtswirkung, nämlich die Begründung des dinglichen Rechts bezw. der Forderung gegen den Erben, durch seine Form bedingt wird — seine Realisirung insofern in die fides des Erben gestellt ist, als der Erblasser von ihm ein jener Zuwendung entsprechendes Verhalten erwartet, damit dieselbe ihr Ziel erreiche und der Legatar erhalte, was ihm der Erblasser hat gewähren wollen. Diese Auffassung mußte auch auf die Feststellung des Inhaltes und Umfanges des Vermächtnisses Einfluß üben. Was dem Legatar zu leisten sei oder überhaupt zu Theil werden müsse, werde jetzt nicht mehr bloß ex verbis legati, sondern ex voluntate defuncti beurtheilt[75]).

75) Es mag hier nur beispielsweise auf die Entscheidungen Julians in l. 32 §. 2 i. fi. l. 86 pr. l. 71 §. 5. 6 D. de legat. I. Papinians in l. 73 D. eod. II. hingewiesen werden, welche auf dem Standpunkt der ursprünglichen Auffassung des Damnationslegates unmöglich waren. Ferner ist gewiß die Verpflichtung des Erben, die vermachte Sache von dem auf ihr lastenden Nießbrauch und Pfandrecht zu befreien, erst aus dem Fideicommiß auf das Damnationslegat übertragen worden. Auch die unter Umständen angenommene Verpflichtung des Erben, den Geldwerth zu leisten, wenn die den Gegenstand des Vermächtnisses bildende Leistung unmöglich ist, kann hieher gezogen werden. Ein besonders lehrreiches Beispiel für die freiere Auslegung des Legates bietet die Entscheidung des Celsus in l. 30 D. de leg. II. (S. auch Labeo in l. 30 §. 4 D. de leg III., wo die einschränkende Auslegung ex voluntate defuncti, die sicher mittelst exc. doli gegen die rei vindicatio durchgeführt wird, freilich auf einem ganz anderen Gedanken beruht; vgl. den Comment. Th. 46. S. 187). Wie man auch keinen Anstand nahm ein Fideicommiß in das Vindicationslegat hineinzuinterpretiren, zeigen z. B.

Die Klage aus dem Damnationslegat, auch die incerti actio, blieb freilich eine stricti iuris actio; da aber der Richter in freier Auslegung des Vermächtnisses auf die Ausführung des Willens des Erblassers sein Augenmerk zu richten hatte, so zeigt sie im Unterschiede von der Klage aus der Stipulation manche Besonderheiten, die sonst den bonae fidei iudicia eigenthümlich sind. So gewinnt einerseits die Verbindlichkeit des Erben häufig einen größern Umfang, er hat mehr zu leisten, als ihm bei einer Stipulation obliegen würde; andererseits kann seine Haftung wieder eine beschränktere sein. Hierin ist aber nur eine äußere Aehnlichkeit, keine prinzipielle Gleichheit der Vermächtnißklage, auch nicht im Justinianischen Recht, mit den bonae fidei actiones zu finden [76]).

C. Die Vermächtnißobligation ist eine ganz eigenthümlich geartete. In manchen Punkten läßt sich allerdings eine Aehnlichkeit mit der obligatio ex mandato nicht verkennen. Wie die Uebernahme des Auftrages zur Ausführung desselben verbindlich macht, so wird der Onerirte durch den Erwerb der Erbschaft bezw. der ihm gemachten letztwilligen Zuwendung verpflichtet, die Vermächtnißauflage

l. 6 pr. D. de auro leg. 34, 2 (Marcellus). l. 20 §. 1 D. de instr. leg. 33, 7 (Scaevola).

76) Wie u. A. wenigstens hinsichtlich der act. incerti Marezoll a. a. O. S. 100 annimmt. (Gegen ihn Schirmer, a. a. O. §. 8 Anmerk. 8). Der wesentliche Unterschied der Vermächtnißklage von den bon. fid. actiones besteht darin, daß bei letzteren der Richter feststellen muß, was der Beklagte dem Kläger nach der bona fides d. h. nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (bezw. nach der herrschenden Verkehrssitte vgl. Pernice, Labeo II. S. 80 ff.) aus dem betr. Obligationsverhältniß zu leisten habe, während bei der ersteren der zu ermittelnde Wille des Erblassers Inhalt und Umfang der Verpflichtung des Legatars bestimmt.

zu erfüllen. Diese Auffassung ist völlig zutreffend und auch historisch begründet beim Fideicommiß[77]. Aber auch bei dem Legat, dem Vindications- wie dem Damnationslegat, wird die Analogie des Mandates nicht ganz abzuweisen sein. Das bezieht sich natürlich immer nur auf das durch die Vermächtnißauflage gebotene Verhalten des Erben, nicht auf den durch das Vermächtniß bewirkten unmittelbaren Rechtserwerb, welcher sich, mag dem Legatar ein dingliches Recht oder ein Forderungs(Klage-)recht durch das Vermächtniß gewährt sein, auf die lex suae rei dicta im Testament gründet[78]. Es mag hier genügen auf die oben unter B. b. und c. zusammengestellten Fälle zu verweisen. Wird nun eine Verbindlichkeit ex testamento stets für den Belasteten begründet und ist dieselbe bei allen Vermächtnissen wesentlich gleicher Art, so darf man es keineswegs immer auf die Rechnung der Compilatoren stellen[79], wenn die Pandektenjuristen bei der Erörterung des Inhaltes und Umfanges des Vermächtnißanspruches und der Verbindlichkeit des Belasteten keine scharfe Unterscheidung zwischen den verschiedenen Legatsformen andeuten.

77) Vgl. die Ausführung von Pernice a. a. O. I. S. 413 ff.

78) Vgl. Pernice a. a. O. S. 474 ff., aber auch Huschke, Nexum S. 212 ff.

79) Wie es Lenel in seiner Palingenesia thut. Auch da wo manche Entscheidungen und Sätze sich nur auf die eine oder andere Legatsform beziehen können, ist eine durch die Compilatoren vorgenommene Streichung des Zusatzes „per vindicationem“ und „per damnationem“ durchaus nicht immer anzunehmen; die Römischen Juristen mochten glauben, bei ihren zeitgenössischen Lesern kein Mißverständniß befürchten zu dürfen. Es ist immerhin bemerkenswerth, daß in den die Materie der Vermächtnisse betreffenden Abschnitten der Commentare, Rechtssysteme, Responsen und Quästionen Vindicationslegate und Damnationslegate bunt durch einander laufen.

So insbesondere, wo es sich um das Einstehen für culpa und um Nebenleistungen und andererseits wieder um die Erstattung von Verwendungen handelt.

IV. Gehen wir nun auf das Justinianische Recht über, so ist zunächst klar, daß die jetzt jedem Vermächtnißnehmer, auch beim Vermächtniß einer Erbschaftssache (electiv mit der in rem actio) zustehende persönliche Klage immer auf Erfüllung des Vermächtnisses d. h. auf Ausführung des Vermächtnißwillens des Erblassers gerichtet ist, gleichviel was den Gegenstand des Vermächtnisses bilden und in welcher Form es angeordnet sein möge. Die Klage ist also in dieser Hinsicht stets eine actio incerti, es wird mit ihr der Anspruch auf Vollziehung des Vermächtnisses verfolgt. Der Vermächtnißnehmer kann sie mithin auch, wenn ein Dritter im Besitze des Vermächtnißgegenstandes ist, unter Umständen neben der in rem actio gegen diesen, wider den Belasteten erheben, um sich den vollen Genuß des ihm Hinterlassenen in dem vom Erblasser gewollten Umfang zu verschaffen. Mag nun auch diese Concurrenz der act. in personam und in rem „einer Rechtfertigung nicht bedürfen", so läßt sich doch, zumal in dem Falle, wenn der Belastete selbst im Besitze der vermachten Sache ist, eine dogmatische Begründung derselben nicht umgehen, welche zugleich ihre praktische Bedeutung klarstellen wird. Es ist dies um so mehr geboten, als dieses Zusammentreffen von Forderungsrecht und Eigenthumsrecht (oder überhaupt dinglichem Recht) an derselben Sache doch immerhin theoretische Schwierigkeiten bereitet, welche von den Aelteren [80])

80) Ich will nur zwei Aeußerungen von einander ganz fernstehenden Juristen anführen, welche die Schwierigkeit klar erkennen und sie, so gut es angehen will, zu beseitigen sich bemühen, wobei aber doch eine gewisse Verlegenheit zu Tage tritt. Einerseits Donellus comment. iur. civ. lib. VIII. c. 36 nr. 7: „Neque illi oberit, quod traditur

allerdings mehr, als von den Neueren[81]) empfunden worden sind.

Man könnte sich das Verhältniß zwischen beiden Klagen so zurechtlegen, als ob die besondere Rechtswirkung des

neminem rem suam condicere posse i. e. actione in personam petere, praeterquam a fure. Sane enim non potest, si rem suam petet tamquam suam. At si omissa dominii quaestione petat tamquam debitum, quominus recte petat, nihil est impedimento. Nam et rem nostram alii commodare, locare, apud alium deponere possumus: ex quibus tamen causis constat nobis de eadem re esse in personam actiones". (Aehnlich im Comment. ad Cod. l. VI. tit. 43 in l. 1. nr. 10: „Rem suam quilibet condicere potest, dummodo condicat non ut suam, sed tamquam sibi debitam; et de ea quivis agere potest actione in personam, dummodo ne petat, ut sibi res detur; . . sed petit eam rem sibi restitui seu eius rei possessionem tradi."). Andererseits Joh. Harpprecht Comment. ad Institution. l. II. tit. 20 §. 2 (Francof. 1651. Tom. II. col. 1155): „In rem actio dominium in agente praesupponit, actio in personam idem adimit. — Dominium rei legatae ipso iure quidem legatario adquiritur, si legatarius dominium istud agnoverit. — At legatarius, qui personali actione experitur, satis aperte significat, se illud dominium, quod ipso iure transit, non agnoscere. — Legatarius nequaquam legatum prorsus repudiavit, sed tantum legale illud dominium adquirere noluit" etc.

81) Ob aber aus dem Umstande, daß sie fast durchgängig darüber schweigen, gefolgert werden könne, daß die Sache ganz klar sei, scheint doch zweifelhaft. Wenn Windscheid Pandekten III §. 647 Anm. 3 sagt: „ein Forderungsrecht des Vermächtnißnehmers hat in diesem Falle so wenig etwas Auffallendes als z. B. die act. commodati des Eigenthümers", so mag diese Parallele richtig sein, aber durch sie allein wird die Sache auch nicht wesentlich aufgeklärt.

Vermächtnisses einer dem Erblasser gehörigen Sache[82]) durch Justinians Neuerung in l. 1 C. comm. de leg. et fid. 6, 43 von der Form seiner Geltendmachung abhängig gemacht wäre. Dann würde die Wahl der Klage auch für die Natur des vermachten Rechts entscheidend sein, so daß, wenn der Vermächtnißnehmer die in rem actio anstellte, das Vermächtniß einen dinglichen Rechtserwerb, wenn er dagegen die persönliche Klage vorzog, nur die Begründung einer Forderung zur Folge gehabt hätte. Diese auf den ersten Blick vielleicht bestechende Auffassung, welche die Natur und Wirkung des Vermächtnisses bis zur Entscheidung des Legatars über die Art und Weise der Geltendmachung desselben in der Schwebe läßt, verdient aber keinen Beifall. Sie stellt vielmehr das wahre Verhältniß auf den Kopf und widerspricht auch den Quellen. Denn der in der Justinianischen Compilation anerkannte Satz, daß das Eigenthum der vermachten Sache mit dem Antritt der Erbschaft auf den Legatar übergeht, falls derselbe nicht das Vermächtniß ausschlägt, würde doch aufhören richtig zu sein, wenn die dingliche Wirkung dadurch bedingt wäre, daß der Legatar sein Eigenthumsrecht geltend macht, oder wenn sie durch die Erhebung der persönlichen Klage ausgeschlossen bezw. rückgängig gemacht würde. Auch würden, wenn jene Auffassung in der That die der Compilatoren wäre, Entscheidungen wie in l. 44 §. 1. l. 81 §. 6 D. de legat. I. l. 15 D. de reb. dub. 34. 5. l. 19 §. 1 D. quemadm. serv. 8, 6. l. 65 D. d. furt. 47, 2. l. 13 §. 3 D. ad l. Aquil. 9, 2[83]) in hohem Grade befremdlich erscheinen.

Es muß vielmehr daran festgehalten werden, daß dem Vermächtniß einer Erbschaftssache durch Justinian schlechthin dingliche Wirkung beigelegt ist, gleichviel mit welcher Klage

82) Oder auch eines ius in re an einer solchen.

83) S. den Comment. Th. 48. S. 284 ff. 287 ff. 293 ff.

der Legatar es einfordern mag.[84]) Der durch das Vermächtniß bewirkte unmittelbare Rechtserwerb wird durch Anstellung der persönlichen Klage nicht etwa nach rückwärts aufgehoben. M. a. W. wenn der Legatar die ihm vermachte Sache von dem Belasteten einfordert — mag sie sich bei diesem selbst, oder einem Dritten befinden —, so giebt er damit sein Eigenthum an derselben nicht auf; noch auch kann man sagen, daß in der Geltendmachung des Forderungsrechts aus dem Vermächtniß eine Negation des zuständigen dinglichen Rechts enthalten wäre. Und ebenso wenig wird durch die Erhebung der in rem actio die persönliche Klage gegen den Onerirten abgeschnitten. Dies führt zu praktisch wichtigen Consequenzen. Nämlich selbst wenn der Legatar seinen Anspruch mit der persönlichen Klage durchgeführt hat, wird man doch sagen müssen, daß das betreffende dingliche Recht für ihn nicht erst durch die Leistung des Beklagten (das Eigenthum durch die Tradition der Sache, der Nießbrauch und die Prädialservitut durch Bestellung) begründet wird, sondern daß es auch hier schon als im Augenblicke des Vermächtnißerwerbes entstanden angesehen werden muß. Also auch hier würde der Satz gelten, daß das Eigenthum der vermachten Sache unmittelbar vom Erblasser, nicht etwa vom Erben oder durch ihn, und zwar im Augenblicke des Erwerbes des Vermächtnisses,

84) Ich muß Brinz Pandekten 2. Aufl. III. 1 §. 426 Anm. 7 darin durchaus beistimmen, daß der dingliche Rechtserwerb nicht vom Willen des Erblassers abhängt. Ebenso wenig kann er aber in das Belieben des das Vermächtniß annehmenden Legatars gestellt sein. Es wäre wenig logisch, wenn letzterer das Eigenthum der vermachten Sache nicht haben und anerkennen, aber die Eigenthumsübertragung vom Erben verlangen wollte.

nicht erst im Zeitpunkt der Leistung der Sache auf den Vermächtnißnehmer übergeht.[85])

Halten wir dies fest, so ergiebt sich auch gleich, daß man zur Rechtfertigung der Concurrenz von dinglicher und persönlicher Klage mit eben demselben Rechte auf die actio commodati, depositi und (noch besser) mandati des Eigenthümers, wie auf die condictio furtiva und die dem Schenker neben der Vindication zustehende Condiction bei der donatio sub modo und mortis causa[86]) verweisen kann. Aber ganz zutreffend sind beiderlei Analogien freilich nicht,

85) l. 80 D. de legat. II. l. 65 D. de furt. 47, 2. Schwierigkeit machen für das Justinianische Recht allerdings l. 18 D. de servit. 8, 1. l. 70 §. 1. l. 84 §. 4. l. 116 §. 4 D. de legat. I. Diese Stellen sind später zu erörtern. Aus l. 84 §. 5 D. eod. wird man kein Argument gegen die im Text vertretene Auffassung entnehmen wollen. Diese vom Damnationslegat handelnde Stelle kann im Sinne der Compilatoren auch von dem Vermächtniß eines dem Erben gehörigen Sklaven verstanden werden. Hätte derselbe dem Erblasser gehört, so würde der Kauf, falls der Legatar nicht hinterher das Vermächtniß ausschlägt, allerdings nichtig sein. Aber überhaupt kann den Compilatoren aus der Aufnahme von der Constitution Justinians (l. 1 C. 6, 43) widersprechenden Stellen nicht ein so schwerer Vorwurf gemacht werden, wenngleich wir hiedurch häufig zu gezwungenen Interpretationen genöthigt sind. — Dürfte man schon zur Zeit des klassischen Rechts dem Legatar die act. ex testamento dem SC. Neronianum zufolge auch bei einem gültigen Vindicationslegat einräumen, so würde es, wenn derselbe die vermachte res mancipi mit condictio certi einforderte, nicht der mancipatio oder usucapio bedurft haben, um ihm quiritisches Eigenthum zu verschaffen.

86) l. 1 C. de don. qu. s. modo 8, 54. l. 29 D. de mort. c. don. 39, 6. Hierauf beruft sich auch Cujacius in Recit. in l. VII. resp. Papin. ad l. 76 §. 8 D. de legat. II.

ja sie möchten eher von einer richtigen Auffassung des stattfindenden Verhältnisses abführen.

Die Sache liegt nämlich folgendermaßen. Die persönliche Klage geht auf Entrichtung des Vermächtnisses. Der Legatar verlangt, daß ihm das den Inhalt des Vermächtnisses bildende Recht verschafft und er in den Genuß der Zuwendung gesetzt werde. Ist ihm eine Nachlaßsache vermacht oder ein ius in re an derselben hinterlassen, so kann die Klage, weil und insofern der Legatar Eigenthümer oder dinglich Berechtigter schon ist, selbstverständlich niemals auf ein dare oportere d. h. auf Eigenthumsübertragung bezw. Bestellung des fraglichen ius in re gerichtet sein, mag im Uebrigen die Sache sich beim Belasteten oder bei einem Dritten befinden.[87]) Vielmehr ist die Leistung, welche der Kläger beansprucht, die Herausgabe oder Verschaffung der Sache bezw. die Gewährung der Ausübung des vermachten dinglichen Rechts. War aber infolge eines dem Beschwerten zur Last fallenden Verhaltens das für den Legatar durch den Vermächtnißerwerb unmittelbar begründete Eigenthum oder ius in re bereits erloschen, oder überhaupt gar nicht zur Entstehung gelangt, so beansprucht der Legatar die Verschaffung jenes Rechts oder die Prästation des Interesse. Wenn auch der Erfolg der persönlichen Klage ein verschiedener ist, so bleibt doch ihr Gegenstand hier wie dort und ebenso bei dem Vermächtniß einer nicht dem Erblasser, sondern dem Erben oder einem Dritten gehörigen Sache genau derselbe. Denn der Vermächtnißnehmer fordert immer Erfüllung der Vermächt-

87) Vgl. Donellus in comment. in Cod. ad l. 1 C. 6, 43. nr. 10: Legatarius si petet, ut sibi detur, se ipsum oppugnat; sic enim fatetur rem sibi legatam non esse: nam si ei legata esset, eius etiam facta esset, et si facta eius esset, inepte intenderet eius rei in se dominium transferri debere.

nißobligation; die Condemnation gestaltet sich aber verschieden, je nachdem es eine eigene oder eine fremde Sache ist, die der Erblasser vermacht hat, und je nachdem beim Vermächtniß einer fremden Sache der Erblasser von dem fremden Eigenthum wußte oder nicht wußte, und je nachdem letzterenfalls die Sache im Besitz des Belasteten oder eines Dritten ist. [88])

V. Es ist endlich noch die Begründung der Vermächtnißobligation ins Auge zu fassen. Dabei haben wir es natürlich nicht mit der innerlichen Rechtfertigung derselben zu thun, sondern es handelt sich lediglich um die Frage, wodurch sie ins Leben gerufen werde und wann sie entstehe. Wenn nun auch die Verpflichtung des Belasteten, der letztwilligen Verfügung nachzukommen, als eine selbstverständliche erscheinen möchte, so hat doch die juristische Construction derselben in älterer und neuerer Zeit manche Bedenken erregt, obschon es sich dabei im Grunde genommen meistens nur um die Frage dreht, wie die Vermächtnißobligation zu klassifiziren wäre.

In den Quellen wird die Vermächtnißforderung bekanntlich der Kategorie der obligationes quasi ex contractu

88) Auch schon im klassischen Recht kam das rem dari oportere der Formula, wenn die vermachte fremde, von dem Erblasser irrthümlich für eine eigene gehaltene Sache im Besitz des Erben sich befand, praktisch auf ein restituere hinaus. Der Erbe erfüllte hier mit der Herausgabe der Sache seine Verpflichtung und konnte andererseits mit der Berufung darauf, daß dem Erblasser das fremde Eigenthum unbekannt gewesen und er selbst somit auch zum dare im strengen Sinne nicht verpflichtet wäre, nicht etwa die Herausgabe verweigern und Abweisung des Klägers verlangen. (Aehnlich verhält es sich auch bei der cond. furtiva.) War eine doli exceptio der Formula inserirt, so schwand jedes Bedenken, da der Erbe mit ihr nur bei Restitution der Sache durchdringen konnte. Vgl. Anm. 50. 54.

eingereiht.[89]) So sagt Gaius in l. 5 §. 2 D. de O. et A. 44, 7:[90])

Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intelligitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intelligitur; maleficium autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est.

Also der Erbe ist dem Legatar zur Leistung des Vermächtnisses verpflichtet; ein Contract zwischen beiden liegt nicht vor; ein Delikt hat der Erbe gegen den Legatar auch nicht begangen: also ist er quasi ex contractu obligirt. Viel gewonnen ist mit dieser, kaum sehr geistreichen Deduktion jedenfalls nicht. Andererseits findet sich aber auch der Ausdruck contrahere auf den Eintritt des Erben in die Vermächtnißobligation angewendet. So heißt es vom Erben in l. 19 pr. D. de R. J. 50, 17 „non sponte cum le-

89) Der Behauptung Eisele's in Iherings Jahrbüchern XXV. S. 449, daß es einen Begriff des Quasicontracts nicht gebe, könnte man beistimmen. Wenn er aber weiter bemerkt, daß die Quellen nur sagen wollen, daß bestimmte Obligationen in gewissen Punkten wie Contractsobligationen behandelt würden, so wäre dem gegenüber einfach auf die Titelrubrik von Inst. III, 27 zu verweisen. Damit soll natürlich nicht in Abrede gestellt werden, daß die vage Kategorie der obligationes quasi ex contractu systematisch völlig werthlos ist.

90) Etwas abgeschwächt wiederholt in §. 5 J. de obl. qu. ex contr. 3, 27: Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest): et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur. Ob übrigens Gaius gerade nur an das Damnationslegat gedacht habe, dürfte noch nicht so ausgemacht sein; für das Justinianische Recht sind die Stellen zweifellos auf jedes Vermächtniß zu beziehen.

gatariis contrahit.“ [91]) Ferner wird vom Unmündigen mit Beziehung auf das die Einweisung in das Vermögen des pupillus indefensus betreffende Edikt gesagt: Si pupillus heres extiterit alicui exque ea causa legata debeat . . . videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem; sed et is qui miscuit se, contrahere videtur. [92]) Dies kann nur den Sinn haben, daß der Erbe durch den Erwerb der Erbschaft in das Obligationsverhältniß mit dem Legatar tritt. Er contrahirt gewissermaßen mit dem Legatar, indem er durch den Erbschaftsantritt die ihm als Erben auferlegte Verbindlichkeit gegen den Legatar übernimmt und insofern nicht ohne seinen eigenen Willen und seine Mitwirkung verpflichtet wird. [93]) Aber begründet wird die Obligation nicht durch ihn, sondern durch den Erblasser. [94])

91) Diese aus Ulpiani l. 24 ad Sabinum entnommene Stelle steht in naher Beziehung zu l. 14 §. 2 D. quando dies 36, 2 und betrifft vermuthlich die Entrichtung eines Vermächtnisses an einen Haussohn oder Pupillus, vgl. l. 68 D. de solut. 46, 3. Vgl. Cujacius observat. l. VII. c. 37, Hotomanus observat. l. V. c. 19. Es ist beachtenswerth, daß in l. 36 §. 1 D. de iud. (5, 1.) vom negotiorum gestor gesagt wird: sua sponte sibi hanc obligationem contraxit.

92) l. 3 §. 3. l. 4 D. qu. ex c. in poss. (42, 4) vgl. l. 20 D. de iud. 5, 1. S. Lenel, das edictum perp. S. 333.

93) Das scheint freilich nicht zuzutreffen, wenn ein Vermächtnißnehmer selbst wieder mit einem Vermächtniß belastet ist; denn da er sein Vermächtniß von selbst erwirbt, so wird er auch ohne sein Zuthun aus dem ihm auferlegten Vermächtniß verpflichtet (l. 77 §. 3 D. de legat. II. und oben S. 2 ff.) Aber hier ist der entscheidende Umstand die Annahme d. h. das Behaltenwollen der Zuwendung.

94) Insofern kann man von ihm sagen, daß er „non sponte“ verpflichtet wird (l. 19 pr. cit.) im Gegensatz zum negotiorum gestor (Anm. 91 a. E.), da die Obligation nicht aus seiner Initiative hervorgeht.

Dies hat man wohl auch nie verkannt, so verschieden man auch diesen Gedanken formuliren mag. So unterscheidet Savigny[95]) den „persönlichen Eintritt des Erben in das obligatorische Verhältniß zu den Legataren und dessen eigentliche Entstehung und Beschaffenheit." Und noch bestimmter drückt sich Sintenis[96]) aus: „Das Obligationsverhältniß zwischen Erben und Legatar findet seinen Ursprung insofern in der letztwilligen Anordnung des Erblassers selbst, als das Recht des Legatars darin wirklich begründet ist; dagegen wird es für eine bestimmte Person als Schuldner erst durch den Erbantritt begründet und somit für den concreten Fall hergestellt."[97])

Wir werden also sagen können, daß durch die Anordnung des Erblassers die Verbindlichkeit des Belasteten begründet wird für den Fall, daß dieser die Erbschaft erwirbt. Das Erbewerden (bezw. Erwerben der letztwilligen Zu-

95) System d. heutigen Röm. Rechts VIII. S. 239.

96) Praktisches gemeines Civilrecht III. §. 187.

97) Ueber ältere Auffassungen s. Glück in dem Comment. IV. S. 240 ff., welcher selbst den Erben „gleichsam als Bevollmächtigten des Legatars" ansieht, was vor ihm schon andere thaten, wie z. B. Höpfner in seinen Institutionencommentar §. 934: „eine freilich etwas entfernte Aehnlichkeit hat die Erbschaftsantretung mit dem mandato." (Vgl. dazu übrigens oben S. 45). Erwähnt mag hier nur noch die seltsame Vorstellung werden, welche Schilling Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte. Leipz. 1829. S. 241 fg. in weitläufiger Ausführung zu begründen sucht. Er glaubt nämlich, daß „das Forderungsrecht des Legatars gegen den Erben aus der Analogie einer zwischen dem ersteren und dem Erblasser eventuell und bedingter Weise abgeschlossenen Schenkung zu erklären" sei, — welche „ihrer Natur nach erst durch den dereinstigen Repräsentanten des Schuldners realisirt werden könne." Vgl. auch Roßhirt Vermächtnisse I. S. 501 fg.

wendung seitens des Onerirten) kann somit nur als Voraussetzung der Entstehung der Vermächtnißobligation, oder als ein dieselbe entscheidender Umstand angesehen werden, da ohnedies eben kein Vermächtnißträger da ist. Gewiß wird erst mit Erfüllung dieser Voraussetzung für die bestimmte Person des Onerirten eine Verpflichtung, für den Legatar ein Anspruch auf Leistung begründet, in dem Sinne, daß nun erst (abgesehen noch von dies und condicio) das Vermächtniß eingefordert werden kann. Aber da durch die letztwillige Anordnung die Vermächtnißobligation geschaffen ist, so besteht vom Tode des Erblassers an für den Belasteten unter Voraussetzung des Erbewerdens (bezw. des definitiven Erwerbes der ihm gemachten Zuwendung) die Verbindlichkeit, das Vermächtniß zu erfüllen. Es kann somit nicht darauf ankommen, wann der Belastete die Erbschaft antreten mag; wird sie von ihm überhaupt nur erworben, so muß er schon im Augenblicke des Todes des Erblassers als aus der Vermächtnißverfügung verpflichtet gelten.[98]) Wir sagen mit Vorbedacht: mit dem Tode des Erblassers, nicht mit dem dies cedens entsteht die Vermächtnißobligation. Dieser kommt einzig für die Frage nach dem Erwerb des Vermächtnisses in Betracht und hat mit der uns hier beschäftigenden Frage nach der Entstehung der Vermächtnißobligation nichts zu schaffen.[99]) Daß auch beim bedingten

98) Es wäre dies im Grunde genommen nur eine Consequenz des bekannten Satzes, daß der Erbe dem Erblasser unmittelbar succedirt l. 54 D. de A. v. O. H. 29, 2; darüber aber auch Schirmer Erbrecht I. S. 67 ff.

99) Anders Karlowa, d. Rechtsgeschäft S. 51, welcher das „obligatorische Recht auf demnächstige Vollziehung des Vermächtnisses" mit der cessio diei zur Entstehung kommen läßt, ja darin gerade die eigentliche Bedeutung des

Vermächtniß und dem Nießbrauchsvermächtniß diese Obligation aus der letztwilligen Verfügung nicht erst mit dem Eintritt der Bedingung bezw. der Antretung der Erbschaft, sondern, ganz wie beim unbedingten, schon mit dem Tode des Erblassers begründet wird, wird nach dem bisherigen keiner besondern Ausführung mehr bedürfen.

VI. Der Grundsatz des Justinianischen und gemeinen Rechts, daß das Eigenthum der vermachten Nachlaßsache auf den Legatar übergeht, und diesem eine dingliche und persönliche Klage behufs Realisirung des Vermächtnisses zuständig ist, hat auch in den Partikulargesetzgebungen Anerkennung gefunden. So vor Allem im Preußischen allg. Landrecht I, 12 §. 288,[100]) im Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch §. 2451, im Badischen Landrecht Art. 1014. und wohl auch in dem entsprechenden Art. 1014 des Code civil.[101]) Dagegen hat das Oesterreichische Gesetzbuch §. 684 den unmittelbaren Eigenthumserwerb des Legatars aufgegeben und denselben auf einen persönlichen Anspruch gegen den Belasteten beschränkt, und ihm sind darin der

dies cedens findet, daß durch ihn jenes obligatorische Recht begründet wird. Die aus dieser Auffassung beim bedingten Vermächtniß sich ergebenden Schwierigkeiten, die der Verfasser selbst empfunden zu haben scheint, werden durch die verzwickte Construction dieses Vermächtnisses (S. 86. 90. 94) schwerlich beseitigt.

100) Ueber die versuchte Deutelung dieser ausdrücklich vom Eigenthumsübergang sprechenden Bestimmung, wonach dieselbe vom Erwerbe des Rechts auf das Vermächtniß, aber nicht des Vermächtnißgegenstandes verstanden werden soll, eine Mißdeutung die auch in der Praxis Anerkennung gefunden hat, s. Gruchot Preuß. Erbrecht I. S. 556 ff. Dernburg Pr. Privatrecht III. §. 144. Anm. 1.

101) Es wird hier der zweifelhafte Ausdruck „droit a la chose léguée“ gebraucht.

Hessische Entw. eines bürgerl. Gesetzb. Abth. III. §. 297, sowie das Züricher Gesetzbuch §. 2088 gefolgt. Auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich hat den unmittelbaren Rechtserwerb aus dem Vermächtniß abgelehnt, und dem Legatar lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Erfüllung des Vermächtnisses gewährt.

§. 1865. Durch das Vermächtniß wird für den Vermächtnißnehmer nur eine Forderung gegen den Beschwerten auf Leistung des Gegenstandes des Vermächtnisses begründet (Vermächtnißanspruch). Ein unmittelbarer Uebergang des den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Rechts auf den Vermächtnißnehmer findet auch dann nicht statt, wenn das Recht zum Nachlasse gehört.

Das sich gegen den Grundsatz des Eigenthumsüberganges schon infolge des Vermächtnißerwerbes bei Immobilien Bedenken erheben, da er sich nur schwer mit dem Grundbuchsystem in Einklang bringen läßt, kann nicht verkannt werden. Zu weit scheint man aber zu gehen, wenn man ihn deshalb überhaupt, also auch bei beweglichen Sachen verwerfen will. Wenn die Motive zu dem Entwurf (V. S. 134 ff.) hervorheben, daß durch den unmittelbaren Rechtserwerb des Vermächtnißnehmers die Verfügungsmacht des Erben zum Zwecke der Liquidation des Nachlasses beeinträchtigt und damit dieser sowohl wie die Nachlaßgläubiger leicht gefährdet werden, so gewährt doch das geltende Recht dagegen schon durch die Bestimmung hinreichenden Schutz, daß der Vermächtnißnehmer sich nicht eigenmächtig in den Besitz der vermachten Sache setzen darf, sondern sie thatsächlich erst vom Erben bekommen muß.[102]) Andererseits aber erfordert das Interesse des Vermächtnißnehmers, daß dem Vermächtniß eine dingliche Wirkung zukomme, da er sonst nicht hinlänglich geschützt ist. Denn wie leicht könnte

102) Interdictum quod legatorum. Tit. Dig. 43, 3.

ihm die vermachte Nachlaßsache dadurch entzogen werden, daß der Erbe sie rechtsgültig veräußert, oder daß die Gläubiger des Erblassers oder gar des Erben selber auf sie greifen! Dies wird auch in den Motiven keineswegs verkannt. Wenn dessenungeachtet der Vermächtnißnehmer auf den persönlichen Anspruch gegen den Beschwerten beschränkt sein und das Eigenthum der vermachten Sache ihm erst durch Uebergabe erworben werden soll, so dürfte sich diese, einer scheinbaren systematischen Consequenz entsprechende Neuerung von „sehr problematischem Werthe" [103]) erweisen.

Eine Schwierigkeit, welche der unmittelbare Eigenthumserwerb beim Vermächtniß allerdings mit sich bringt, soll schließlich hier nicht umgangen werden, obwohl dieselbe bei den Römern mehr, wie im heutigen Rechtsleben hervortreten mußte. Wie nämlich, wenn die vermachte Sache in dritter Hand sich befindet und der Legatar weit entfernt ist oder nicht gleich ermittelt werden kann? Offenbar erfordert das Interesse, welches der Erbe nicht minder (im Falle der späteren Ausschlagung des Vermächtnisses), wie der Legatar an der Erhaltung der Sache oder des Rechtes an derselben hat, daß sie nicht inzwischen dem Rechtsschutz entzogen sei. [104]) Denken wir nur an den Fall, daß der

103) Wie Unger, österreich. Erbrecht §. 64. Anm. 1. mit Beziehung auf §. 684 des Oesterr. Ges.-B. bemerkt.

104) Die gleichen Bedenken wiederholen sich in noch stärkerem Grade bei der proculianischen Auffassung des Vindicationslegates; hier war in der That bis zur Erklärung des Legatars die Rechtsverfolgung hinsichtlich der Sache ausgeschlossen, — ein mit dem schwebenden Eigenthume in der Zwischenzeit überhaupt verbundener Uebelstand. — Diesen Schwierigkeiten würde man entgehen, wenn man den Eigenthumserwerb erst durch die Annahme des Vermächtnisses eintreten lassen und ihn dann auf den Zeitpunkt des Antrittes der Erbschaft zurückbeziehen würde:

Dritte den Usucapionsbesitz hat und die Ersitzung in kurzer Frist vollenden könnte. Die rei vindicatio ist dem Erben nicht zuständig, denn das Eigenthum ist ja auf den Legatar übergegangen; und letzterer ist auch nicht im Stande, sein Recht durch Vindication der Sache zu wahren, da er von demselben keine Kenntniß hat. Oder er zögert vielleicht mit der Ablehnung des Vermächtnisses, das für ihn selbst wegen einer damit verbundenen Auflage keinen Werth hat, bis der Dritte die Sache ersessen hat, um sie so dem Erben zu entziehen. Eher könnte man an die act. ad exhibendum denken; aber auch diese würde versagen, wenn es der Besitzer unter Bestreitung des Eigenthums des Klägers auf die Hauptklage ankommen lassen will.

Unbedenklicher erscheint es, die hereditatis petitio und das interdictum quorum bonorum auch auf die vermachte Sache zu erstrecken. Aber auch mit diesen Rechtsmitteln vermochte der Erbe nicht durchzudringen, wenn der Dritte die Sache weder pro herede noch pro possessore besaß, sondern sich auf einen besondern Erwerbstitel berief. Hätte nun in der That der Erbe ruhig zusehen müssen, wie der Besitzer die Ersitzung vollendete oder durch Veräußerung die Wiedererlangung der Sache unmöglich machte? Und wenn sie nach dem Erbschaftsantritt gestohlen war, mußte er den Dritten im Besitz der Sache lassen, weil er mit der condictio furtiva wegen mangelnden Eigenthums nichts zu erreichen vermochte? Dies ist um so unwahrscheinlicher, als doch das Interesse des Legatars mit in Frage steht, welches der Erbe wahrzunehmen hat. Damit ist zugleich der Gesichtspunkt gegeben, unter welchem dem Erben schon im klassischen Recht die Rechtsverfolgung hinsichtlich der per vindicationem legirten Sache vor der Erklärung des

eine Construction, gegen welche sich aber wieder andere Bedenken einstellen. Vgl. Arndts Th. 48. S. 316 fg.

Legatars zusteht. Infolge des Obligationsverhältnisses, in welches er durch den Antritt der Erbschaft zu dem Legatar getreten ist, ist er nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet, als Vertreter desselben die durch Verletzung des Eigenthumsrechts der vermachten Sache begründeten Klagen anzustellen.

Was das Justinianische Recht anbetrifft, so erweist sich für unsere Frage noch der Umstand von Bedeutung, daß der Legatar außer der dinglichen stets eine persönliche Klage auf Verschaffung der vermachten Sache hat. So lange also, bis er selbst sein Recht gegen den dritten Besitzer geltend macht, kann dem ihm haftenden Erben die Rechtsverfolgung nicht versagt werden.

§. 1526. a.

Gegenstand der Vermächtnißforderung überhaupt.

I. Der Belastete hat dem Vermächtnißnehmer gerade das zu leisten, was der Erblasser ihm auferlegt hat; dies gilt vom Gegenstande wie von der Art und Weise der Leistung. Es darf der Vermächtnißnehmer daher regelmäßig nicht mit einer dem Werthe des Vermächtnißgegenstandes entsprechenden Geldsumme abgefunden werden, sondern derselbe kann die vermachte Sache selbst oder die Vornahme der vom Erblasser vorgeschriebenen Handlung, kurz die strikte Ausführung der letztwilligen Verfügung verlangen. „Ipsum praestandum quod relictum est;“ [1]) dieser Grundsatz gilt nicht bloß beim Vermächtniß einer individuellen Sache, sondern ganz allgemein. So beim Vermächtniß einer Quan-

1) Ulpian. l. 11 §. 17 de legat. III.

tität vertretbarer Sachen,[2]) beim Vermächtniß von Werthpapieren, von Forderungen,[3]) und insbesondere auch dann, wenn den Gegenstand des Vermächtnisses eine Thätigkeit des Beschwerten, eine Verrichtung oder Arbeit, namentlich die Herstellung eines Werkes bildet. So sagt Ulpian in l. 11 §. 25 D. de legat. III.

Si quis opus facere iussus paratus sit pecuniam dare reipublicae, ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur: et ita D. Marcus rescripsit.

Es ist dies auch innerlich völlig gerechtfertigt. Denn einerseits können den Erblasser mancherlei Gründe bestimmen, eben die Sache selbst dem Legatar zu verschaffen bezw. die Thätigkeit und Mühewaltung dem Erben aufzubürden, andererseits wird der Legatar oft ein erhebliches Interesse an der Leistung gerade des bestimmten Vermächtnißgegenstandes und an der genauen Erfüllung der erblasserischen Zuwendung haben.

2) Eine Ausnahme macht hier nur das Vermächtniß eines bestimmten Gewichtes von (unverarbeitetem) Edelmetall. Hier kann der Beschwerte regelmäßig pretium auri vel argenti, quanti comparari potest, und zwar pretium praesentis temporis leisten. (l. 1 §. 1. l. 9. l. 19 §. 1. l. 35 pr. D. de auro 34, 2). Möglicherweise kann aber der Erblasser hier auch gemeint haben, daß von dem ihm gehörigen Gold- oder Silbervorrath, also auch von dem verarbeiteten, der Vermächtnißnehmer die bestimmte Quantität empfangen soll, und davon scheint l. 35 §. 1 eod. verstanden werden zu müssen. Vgl. l. 3 §. 4 D. de usur. 22, 1.

3) So wird beim nomen legatum, wenn das geschuldete Kapital verzinslich und sicher (hypothekarisch) angelegt ist, die Abtretung der Forderung selber häufig im Interesse des Vermächtnißnehmers liegen und er braucht sich nicht mit der Auszahlung der geschuldeten Summe abfinden zu lassen.

Nur ausnahmsweise ist es dem Beschwerten gestattet, an Stelle der Sache selber den Werth derselben dem Legatar anzubieten. Von den beiden in den Quellen erwähnten Fällen, in welchen dies Recht dem Beschwerten eingeräumt ist, scheint bloß der eine[4]) für uns Bedeutung zu haben, nämlich der, wenn die vermachte fremde Sache nur zu einem ungewöhnlich hohen Preise von dem Eigenthümer erworben werden könnte.[5]) Hier kann dem Erben, wenn der gezahlte Preis den Werth der Sache beträchtlich übersteigt, die Leistung derselben sogar zum Vorwurf gemacht werden und er darf bei Berechnung der quarta Falcidia nur den reinen Sachwerth in Anschlag bringen.[6]) Schon daraus ergiebt sich, daß der Beschwerte, welcher die Sache nicht anzuschaffen vermag, dem Vermächtnißnehmer nicht über den gemeinen Werth der Sache hinaus haftet.[7])

4) Der andere betrifft das Vermächtniß eines mit dem Belasteten in nahem verwandtschaftlichem Verhältniß stehenden Sklaven.

5) l. 71 §. 3 D. de legat. I. l. 14 §. 2 D. eod. III. §. 4 J. de leg. 2, 20. §. 1 J. de sing. reb. 2, 24. Gaius II. §. 202. 262. l. 30 §. 6 D. de legat. III. cfr. l. 31 §. 4 D. de fid. lib. 40, 5.

6) Javolen. l. 61 D. ad l. Falc. 35, 2: Alienus fundus tibi legatus est; hunc heres cum emere nisi infinito pretio non posset, emit multo pluris, quam quanti erat, qua emptione effectum est, ut legatarii ad legem Falcidiam revocarentur . . Respondit: quod amplius heres quam pretium fundi legatario solvit, id lege Falcidia imputari non potest, quia negligentia eius nocere legatariis non debet, utpote cum is confitendo veram aestimationem praestare poterat. Der Ankauf ist hier gewissermaßen auf Unkosten der übrigen Legatare erfolgt.

7) Also nicht auf das Interesse. Vgl. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht. II. S. 90 ff., der mit Recht betont, daß hier zwischen Vermächtnissen und Verträgen ein we-

Auch erscheint, was wohl festzuhalten ist, der zu leistende Werth immer nur als ein Aequivalent des Vermächtnißgegenstandes, nicht als ursprünglicher Gegenstand der Vermächtnißobligation.[8]) Ist dagegen eine dem Erblasser oder Erben gehörige Sache vermacht worden, so muß letzterer dieselbe unter allen Umständen leisten und er wird mit dem Anerbieten ihres Geldwerthes auch dann zurückgewiesen,

sentlicher Unterschied bestehe, da der Erbe „nicht so sehr durch seinen Willen, als durch die Anordnung des Erblassers in das obligatorische Verhältniß hineinversetzt werde." Der Entwurf des bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich §. 1849 vbd. §. 220 bestimmt im Anschluß an das Preuß. A. L. R. I. 12. §. 378 (s. den Comment. Th. 46. S. 192), daß der Beschwerte verpflichtet sein soll, den außerordentlichen Werth des Gegenstandes zu zahlen. Ob sich diese Bestimmung aber wirklich, wie die Motive V. S. 149. bemerken, aus dem „anzunehmenden Willen des Erblassers" rechtfertigen lasse, ist fraglich.

8) Das erweist sich von praktischer Bedeutung beim Untergang der vermachten fremden Sache, worüber noch später zu handeln ist (§. 1526 b. unter I. A.); vgl. §. 16 I. de legat. 2, 20. l. 35. l. 114 §. 19 D. de legat. I. l. 22 §. 2 eod. III. l. 92 pr. D. de solut. 46, 3. Cohnfeldt Lehre v. Interesse S. 239 nimmt eine selbständige zweite, auf den Werth der Sache gerichtete Obligation an, welche „eintritt, wenn es dem Erben relativ unmöglich ist, die erste zu erfüllen." Diese wird auf den Willen des Erblassers, dem Erben „jedenfalls den Werth der Sache zuzuwenden," gegründet. Dann würde der Erbe aber folgerichtig auch beim Untergang der nicht verschaffbaren Sache den Werth leisten müssen, während er wiederum, wenn die Verschaffung möglich war, durch den Untergang befreit würde. Richtig aufgefaßt handelt es sich nicht um eine alternative Verpflichtung des Erben, sondern einzig um eine sog. facultas alternativa.

wenn sie für ihn persönlich von großem Werthe ist.[9]) Doch darüber ist schon von Arndts in diesem Commentar (Th. 46. S. 160 ff.) ausführlich gehandelt worden. Es sind hier nur noch einige Fragen, die dort gar nicht berührt oder wenigstens nicht ausreichend beantwortet sind, nachträglich zu erörtern.[10])

Zunächst fragt es sich: sollte die Entscheidung in dem letzten Falle für uns unbedingt maßgebend sein? Wenn man bedenkt, daß die Ausnahme in betreff des mit dem Erben verwandten Sklaven auf die aequitas und die benigna ratio gegründet ist, so würden sich doch noch andere Fälle finden, in welchen unter den obwaltenden Umständen aus dem gleichen Grunde dem Belasteten das Recht eingeräumt werden müßte, sich durch Leistung eines Geldäquivalentes zu befreien. Man nehme nur an, daß der Erbe mit dem Vermächtniß belastet sei, seine von ihm als Andenken oder als Familienstück, an das sich viele Erinnerungen knüpfen, besonders werthgehaltene Sache herauszugeben. Sollte es hier nicht auch als „aequissimum" erscheinen, ihn zur Leistung des Geldwerthes der Sache zuzulassen, wenn der Legatar ohne allen vernünftigen Grund und lediglich aus Chikane die Sache selbst beansprucht?[11])

9) l. 71 §. 4 D. de legat. I. (Ulp.): Cum alicui poculum legatum esset velletque heres aestimationem praestare, quia iniquum esse aiebat id separari a se, non impetravit id a praetore. Die prozessualische Seite des Verhältnisses ist später zu erörtern.

10) S. auch unten §. 1526 d. unter IV. B.

11) Wenig Werth hätte der Einwand, daß der Erbe durch den Antritt der Erbschaft sich mit der letztwilligen Verfügung einverstanden erklärt habe; denn ganz abgesehen davon, daß er beim Antritt der Erbschaft möglicherweise keine Kenntniß von dem Vermächtniß gehabt oder es nicht in Betracht gezogen hat, würde jener Gesichtspunkt ja dahin

Das klassische Römische Recht konnte über dies Bedenken leicht hinwegkommen und an der Regel, daß die Sache selbst geleistet werden müsse, auch hier festhalten. Ganz anders gestaltet sich aber das Verhältniß im heutigen Recht, wo auf die Sache selbst das Urtheil und die Vollstreckung gerichtet ist. Es wird daher hier das billige Ermessen des Richters zu entscheiden haben, ob dem Belasteten die Abfindung des Vermächtnißnehmers mit einer dem Werth der Sache entsprechenden Geldsumme zu gestatten sei.

Ferner pflegt man bei dem immodicum, immensum, infinitum pretium einzig an den Fall zu denken, wenn der vom Eigenthümer geforderte Preis den wahren Werth der

führen, daß jeder Erbe immer die Vermächtnisse über den Betrag der Erbschaft hinaus entrichten müßte. — Mommsen a. a. O. S. 94 ff. sieht die Bestimmung hinsichtlich des vermachten Sklaven als eine ganz singuläre an, aus welcher keine Folgerungen gezogen werden dürften. Das entspricht wohl auch der Anschauung Ulpians in l. 71 §. 3. 4 cit. („alia condicio est hominum, alia ceterarum rerum“), und es läßt sich ferner nicht verkennen, daß bei dieser Ausnahmebestimmung auch der favor libertatis mit als Motiv im Hintergrunde steht. Es fragt sich nur, ob jene Anschauung auch für uns maßgebend ist, und dies scheint mir eben nicht der Fall zu sein. Uebrigens soll noch ausdrücklich hervorgehoben werden, daß das im Text Bemerkte sich nur auf das Vermächtniß einer dem Erben gehörigen, nicht einer Nachlaßsache bezieht, wovon die citirte Stelle handelt. Umgekehrt gerade würde die Entscheidung des Juristen hinsichtlich des vermachten Sklaven, wenn dieser dem Erben gehörte, nicht unanfechtbar sein. Wenigstens würde der den Juristen leitende Gesichtspunkt der Humanität und Billigkeit hier nicht ganz zutreffen, da der Erbe, der einen solchen Sklaven bisher freizulassen versäumt hat, kaum „in seinen theuersten Gefühlen gekränkt“ werden dürfte, wenn man ihn zur Leistung desselben nöthigte.

Sache ungebührlich übersteigt. Dies liegt auch gewiß am nächsten, und daß auch die Quellen nur einen solchen Fall im Auge haben, ergiebt sich schon aus dem in ihnen hervorgehobenen Gegensatze des verum pretium. Wie nun aber, wenn der verlangte Preis ein zwar dem Werth der Sache nicht unangemessener ist, aber doch unter den obwaltenden Umständen im Vergleich mit dem Betrage des Nachlasses und mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers als ein übermäßiger oder unerschwinglicher angesehen werden muß? Ein solches Mißverhältniß des Preises zu dem Nachlasse, welches die Kosten der Anschaffung der Sache für den Legatar als nicht mehr den Willen des Erblassers entsprechend erscheinen läßt, kann leicht dann zur Sprache kommen, wenn der wahre Werth der Sache dem Erblasser zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses überhaupt nicht bekannt war, oder später, sei es nach seinem Tode, sei es bei Lebzeiten aber ohne sein Wissen eine erhebliche Steigerung erfahren hat. Z. Bsp. es hat jemand ein dem X. gehöriges Gemälde vermacht und nach seinem Tode wird es als ein Rubens oder Rembrandt erkannt, dessen Anschaffung den Betrag der, vielleicht noch einem nahen Verwandten hinterlassenen, Erbschaft völlig erschöpfen würde. Oder es wird auf dem vermachten fremden Grundstück, ohne daß der Erblasser etwas davon erfährt, ein reiches Minerallager entdeckt, welches den Werth desselben verzehnfacht. Oder in dem Gartengrundstück, das den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, wird eine Villa gebaut, zu deren Ankauf der Erbe den größten Theil des Nachlasses hingeben müßte und deren Besitz vielleicht auch der Stellung des Vermächtnißnehmers gar nicht entsprechen würde. In solchen Fällen wird sich kaum annehmen lassen, daß der Erblasser die Zuwendung noch jetzt würde aufrecht erhalten haben. Man wird daher dem Erben die Verschaffung der Sache nicht zumuthen können, wenn der Preis auch im

Sinne des Erblassers ein unerschwinglicher wäre. Wir werden vielmehr sagen dürfen, daß hier der Vermächnißgeber sich in einem Irrthum über eine wesentliche Eigenschaft der Sache befunden hat, der es als zweifelhaft erscheinen läßt, ob der Vermächtnißinhalt seinem wirklichen Willen entspreche.[12]) Vermag der Erbe daher nachzuweisen, daß der Erblasser ihn bei Kenntniß des wirklichen Sachverhältnisses nicht so, wie es geschehen, belastet haben würde, so kann das Vermächtniß nicht in vollem Umfange geltend gemacht werden. Auch hier würde dem richterlichen Ermessen eine billige Schätzung vorbehalten sein, durch welche das an Stelle der vermachten Sache zu leistende Aequivalent auf eine dem muthmaßlichen Willen des Erblassers entsprechende Geldsumme herabgesetzt werden muß.[13])

12) Ist die Werthерhöhung durch eine Veränderung der vermachten Sache herbeigeführt, wie es z. B. bei Bauten auf dem Grundstück der Fall ist, so könnte man mit den hier geltenden Grundsätzen auskommen.

13) Die im einzelnen Falle, keineswеges überall, eintretende Schwierigkeit dieser Ermittelung und Schätzung, sowie die gegen den weiten Spielraum des richterlichen Ermessens sich erhebenden Bedenken sollen nicht in Abrede gestellt werden. Daraus würde aber doch nicht die Unrichtigkeit der hier vertretenen Auffassung und die Nothwendigkeit der Aufrechterhaltung des Vermächtnisses im Widerspruch mit dem wirklichen Willen des Erblassers folgen, sondern es könnte dies umgekehrt höchstens dahin führen, den Vermächtnißanspruch überhaupt zu verwerfen. Die von dem Entw. d. bürg. Ges.-B. f. d. deutsche Reich §. 1849 gebrauchte Wendung „wenn die Verschaffung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden sein würde", würde an sich auch den in Rede stehenden Fall treffen, an den freilich die Verfasser nicht gedacht haben, und der Schlußsatz („es sei denn, daß der Wille des Erblassers, dem Bedachten eine andere Leistung zuzuwenden, erhellt") würde es er-

In gleicher Weise müßten wir diesen Grundsatz bei dem Vermächtniß einer dem Erben gehörigen Sache zur Anwendung bringen. Die Consequenz würde scheinbar auch dasselbe erfordern, wenn es sich um das Vermächtniß einer Nachlaßsache handelt. Dagegen erheben sich aber doch Bedenken. Denn mag auch immerhin hier wie dort der zuwendende Wille des Erblassers in Wahrheit nicht soweit gegangen sein, als die Vermächtnißverfügung, so besteht doch ersichtlich der ganz erhebliche Unterschied, daß hier der Erbe in dem Nachlaß nach Abzug der vermachten Sache genau den Vermögensbetrag erhält, den der Erblasser ihm zukommen lassen wollte, während er dort den Nachlaß zum Zwecke der Anschaffung der Sache, bezw. sein eigenes Vermögen durch Weggeben derselben um einen das vom Erblasser gewollte Maß weit übersteigenden Betrag mindern müßte. Die benigna ratio, welche in diesem Falle dazu führt, den Erben dem Willen des Erblassers gemäß zu entlasten, würde in jenem Falle noch nicht eine Beschränkung des Anspruches des Vermächtnißnehmers rechtfertigen, da die gleiche iniquitas hier nicht hervortritt.

II. „Res talis dari debet qualis relicta est.“ [14]) Der Vermächtnißgegenstand ist in der Beschaffenheit, in welcher er sich zur Zeit des Eintretens des Erbfalles befand, nicht besser und nicht schlechter, zu leisten.

A. So hat der Beschwerte zunächst nicht für Fehler und Mängel der vermachten individuellen Sache einzustehen. Ja es wird nicht einmal durch die ausdrückliche Uebernahme der Haftung für solche eine Verbindlichkeit begründet. Dies sagt mit größter Bestimmtheit l. 56 D. de legat. I.

möglichen, das fragliche Verhältniß unserer Auffassung entsprechend zu beurtheilen.

14) l. 45 §. 2. l. 69 §. 3. l. 70 pr. D. de legat. I.

Pomponius l. XIV. ad Sabinum. Si legati servi nomine stipuletur legatarius fugitivum non esse[15]) praestari, nihil veniet in eam stipulationem, quia qualis sit, talis ex testamento praestari debet nec ullum in legato damnum facere intelligeretur.

Diese Stelle läßt sich nicht durch die Annahme wegdeuteln, daß die Entscheidung der Juristen auf den Fall zu beschränken wäre, wenn der Beklagte in dem irrigen Glauben, dazu verpflichtet zu sein, also rechtsirrthümlich[16]) die Stipulation eingegangen ist. Würde doch dann nur eine exceptio gegen die Klage gewährt, aber nicht die Stipulation selbst für inhaltslos erklärt sein. Auch ist die Begründung der Entscheidung eine so generelle, daß mit ihr jene Beschränkung unvereinbar wäre. Vielmehr ist die Entscheidung folgendermaßen zu erklären. Aus jener Stipulation würde der Schuldner an sich auf das Interesse (quanti ea res est) in Anspruch genommen werden können.[17]) M. a. W. der Schuldner müßte den Schaden ersetzen, den der Gläubiger dadurch erlitten hat, daß ihm behufs Erfüllung der Vermächtnißforderung eine fehlerhafte Sache geleistet worden ist. Ein solcher ist aber im vorliegenden Falle gar nicht vorhanden: denn einerseits ist ja durch die Leistung der wenn auch mangelhaften Sache das Vermögen des Legatars nicht gemindert worden, da er sie ex lucrativa causa erworben hat, und andererseits hat er gerade das erhalten, was er aus dem Testament zu fordern hatte.

Das letztere könnte man nun allerdings auch sagen, wenn der betreffende Sklave aus einer Stipulation geschuldet wurde, ja selbst wenn die Stipulation unbestimmt

15) Oder auch: sanum, furtis noxiisque solutum esse.

16) Wie die Glosse zu dieser Stelle bemerkt.

17) Vgl. l. 31 D. de evict. 21, 2.

auf irgend welchen Sklaven gerichtet war. Hier wie dort würde auch durch Leistung eines derartig mangelhaften Sklaven, wenn dem Gläubiger nur unentziehbares Eigenthum verschafft wird, die Verbindlichkeit erfüllt sein.[18]) Und doch würde der Schuldner, wenn er hier „sanum esse, fugitivum non esse praestari“ promittirt, zweifellos verbunden sein, für den Mangel einzustehen. Und nicht anders verhielte es sich, wenn eine solche Stipulation bei einem Vermächtniß, das irgend einen Sklaven überhaupt zum Gegenstand hat, eingegangen wäre. Warum sollte nun, könnte man fragen, in unserem Falle etwas anderes gelten?

Der Unterschied liegt darin, daß dort in der That das Interesse des Gläubigers verletzt ist, wenn die Sache an einem Mangel leidet, dessen Abwesenheit der Schuldner promittirt hat. Er hat eben den Gegenstand nicht in der Beschaffenheit erhalten, wie er ihm geschuldet wurde. Das scheint zunächst einleuchtend zu sein, wenn den Gegenstand der Stipulation oder des Vermächtnisses eine nur der Gattung nach bestimmte Sache (servus in genere) bildete. Ganz verkehrt wäre die Auffassung, als ob hier der Schuldner, indem er bei Leistung des Gegenstandes die Abwesenheit des fraglichen Mangels in einer besonderen Stipulation zusagt, sich aus reiner Liberalität zur Prästation des Interesse verpflichtete, so daß sich darunter eine Schenkung versteckte. Vielmehr ergiebt sich aus der Eingehung dieser Stipulation, daß die Verbindlichkeit des Schuldners im vorliegenden Falle von Anfang an als auf Leistung einer von dem Mangel freien Sache gerichtet verstanden war. Der Schuldner, mochte er ex stipulatu oder ex testamento

18) l. 72 §. 5 D. de solut. 46, 3 und dazu Pernice, Labeo II. S. 277. Anders verhält es sich natürlich, wenn eine Noxalhaftung auf dem Sklaven lastete, vgl. l. 45 §. 1 D. de legat. I. (Pompon.)

zu leisten haben, hat diese ihm obliegende Verpflichtung durch jene Promission gewissermaßen ausdrücklich anerkannt und fixirt.

Nicht anders verhält es sich, wenn eine individuelle Sache (certus homo) aus der Stipulation geschuldet wird. Eine formelle Verpflichtung, für den Mangel einzustehen wird allerdings erst durch die hierauf gerichtete Promission begründet. Aber trotzdem kann man auch hier sagen, daß im Sinne der Parteien nicht erst nachträglich dem Schuldner eine besondere Verpflichtung, an die er bei Eingehung der Obligation gar nicht gedacht hatte, aufgebürdet werden sollte oder von diesem in der Absicht, dem Gläubiger eine besondere Gunst zu erweisen, übernommen werden wollte, sondern daß die Obligation überhaupt diesen Inhalt hatte. Es ist hier ebenso, als ob der Schuldner von vornherein promittirt hätte: hominem Stichum dari eumque sanum esse fugitivum non esse etc.

Man könnte sich versucht fühlen zu unterscheiden, ob der Gegenstand aus einem onerosen oder aus einem lucrativen Grunde geschuldet war, so daß im letzteren Falle der Schuldner aus der Promission, durch welche er sich zur Prästation der Mängel verpflichtet, nicht in Anspruch genommen werden könnte. Diese Unterscheidung ist aber unbegründet. Durch jene zweite Promission würde auch beim Schenkungsversprechen der Umfang der bestehenden Verbindlichkeit näher bestimmt werden. Eine ganz andere Frage wäre es, ob bei einer Schenkung durch Hingabe der Sache ohne vorangehende Stipulation eine solche Promission überhaupt eine Verbindlichkeit des Schenkers begründe. Indessen auch hier scheint der Schenker zu haften, aber nicht etwa auf Erstattung des durch den Mangel begründeten Minderwerthes, sondern einzig auf Ersatz des Schadens, welcher für den Beschenkten durch den betreffenden Fehler

der geschenkten Sache herbeigeführt worden ist.[19]) Es würde sich hier im Resultat nicht anders verhalten, wie wenn der Schenker arglistigerweise die Mängel verschwiegen hätte.[20])

Dem gegenüber könnte man sich auf die häufig befremdlich erschienene Bemerkung des Paulus berufen wollen:

Sent. V. 11 §. 5. Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine si promiserit, oneratur, quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur.[21])

Der Jurist erklärt hier ausdrücklich, daß der Schenker aus dem

19) So z. B. wenn der Empfänger durch den geschenkten diebischen Sklaven bestohlen worden ist, oder durch die Krankheit desselben ihm Kurkosten erwachsen sind, oder durch das kranke Thier gesundes Vieh des Beschenkten angesteckt und abgegangen ist u. dgl. m. — Es liegt auf der Hand, daß man hier von einer Haftung auf das negative Interesse nicht sprechen kann; die Formulirung, daß das Interesse geleistet werden müsse, welches der Beschenkte an der Nichtannahme der Schenkung einer mangelhaften Sache hatte, wäre fehlerhaft, wie ein Rechenexempel darthun würde.

20) Vgl. l. 62 D. de aedil. ed. 21, 1. In diesem Falle tritt übrigens die Verschiedenheit der Haftung des Schenkers und des mit einem Vermächtniß Beschwerten handgreiflich hervor, denn letzterer würde bei arglistigem Verschweigen des Fehlers der vermachten Spezies nicht auf Ersatz des erlittenen Schadens vom Legatar mit act. doli in Anspruch genommen werden können, auch wenn ihm selbst die Sache gehört hatte.

21) Daß im Texte der Stelle nichts zu ändern und namentlich nicht „nisi“ statt „si“ zu lesen ist, lehrt der Zusammenhang. — Die Evictionshaftung des Schenkers überhaupt ist hier natürlich nicht zu erörtern, doch können wir an jener Stelle nicht ganz vorbeigehen.

von ihm abgegebenen Evictionsversprechen nicht hafte. Am nächsten möchte es wohl liegen, an eine schenkungshalber eingegangene Stipulation (Schenkungsversprechen) zu denken.[22]) Denn die Annahme, daß bei der Schenkung durch einfache Hingabe der Sache der Schenker zum Versprechen der Evictionsleistung gezwungen werden könnte, wäre doch, da ja ein Klagegrund sich hier gar nicht auffinden läßt, so wunderlich gewesen, daß Paulus wohl kaum daran gedacht hätte, sie noch besonders zurückzuweisen, während man bei der stipulatio donationis causa allerdings darauf verfallen konnte, den Schenker indirekt mit der Klage aus der Stipulation zum Evictionsversprechen zu nöthigen.[23]) Dann muß aber das Wort „invitus" auch auf den Passus „si promiserit" bezogen werden und der Sinn der Stelle wäre folgender: „Der Schenker darf zum Evictionsversprechen nicht gezwungen werden und haftet auch nicht, wenn er invitus, also durch Klage dazu genöthigt, promittirt hat." Es liegt übrigens auf der Hand, daß diese Stelle auch so verstanden kein Argument weder für noch gegen die Ansicht gewährt, daß bei dem Schenkungsversprechen einer individuell bestimmten Sache bei Eviction derselben — und überhaupt wenn ihm nicht das Eigenthum definitiv verschafft ist — der Beschenkte nach klassischem Recht aus der Stipulation auf dari oportere klagen könne: denn bei dem promittere de evictione ist doch immer an die Prästation des habere licere und somit an die Haftung für das Interesse zu denken.[24]) Je-

22) Anders Bekker im Jahrb. d. gem. deutschen Rechts VI. S. 246.

23) l. 27 D. de solut. 46, 3. l. 131 §. 1 D. de V. O. 45, 1.

24) Entscheidend wären l. 20. l. 33. l. 72 §. 5 D. de solut. 46, 3 (die letztere Stelle handelt freilich nicht von der Stipulation einer individuellen Sache), wenn nicht schon im klassischen Recht der Klage aus der donandi causa ein-

denfalls aber würde in der Stelle indirekt ausgesprochen sein, daß der Schenker, wenn er freiwillig de evictione promittirt, auch in Anspruch genommen werden könne; worauf? das ist eine andere Frage.

Nehmen wir aber auch an, daß unsere Stelle sich auf eine sofort durch Hingabe vollzogene Schenkung bezöge und daß vorausgesetzt würde, der Schenker habe aus freien Stücken promittirt, so würde, wenn die Haftung wegen Eviction in Abrede gestellt wird, dies noch immer in dem Sinne verstanden werden können, daß der Schenker nicht den Werth der Sache zu erstatten verpflichtet sei.[25]) Der Gedankengang des Juristen wäre dann etwa folgender: der Beschenkte hat zwar durch die Eviction, aber nicht durch den Umstand, daß die geschenkte Sache einem Dritten gehörte, Schaden erlitten. Denn er hat nach erfolgter Eviction nicht weniger in seinem Vermögen, als er ohne die Schenkung haben würde. Also ist ein vom Schenker zu prästirendes vermögensrechtliches Interesse nicht vorhanden. Anders aber verhielte es sich, wenn durch die Schenkung der fremden Sache selbst das Interesse verletzt wäre, so daß der Beschenkte dadurch Nachtheil erlitten hat, daß sie nicht in sein Eigenthum gekommen ist. So z. B. wenn er auf dieselbe

gegangenen Stipulation hier eine exc. doli entgegengesetzt werden konnte, wofür die Analogie des Damnationslegates einer fremden Sache, die der Testator irrthümlich für eine eigene hielt, sprechen würde. Die Quellen lassen uns hier vollständig im Stich.

25) Dagegen meint Bekker a. a. O., weil „der Empfänger keinen Anspruch auf Evictionsleistung wider den Geber" habe, so wäre auch, „wenn er freiwillig de evictione promittirte, dies eine stipulatio sine causa und als solche unverbindlich." Dies ist aber eine petitio principii; denn kann nicht von Anfang an die Absicht der Parteien auf Eigenthumsverschaffung gerichtet gewesen sein?

Verwendungen gemacht hätte, deren Erstattung er vom vindicirenden Eigenthümer nicht erlangen konnte, oder wenn er die Sache weiter verkauft hätte und nach stattgefundener Eviction seinem Käufer die dupla leisten müßte. Hier würde auch der Schenker ihm aus der Stipulation haften, soweit er Schaden erlitten hat, ganz wie mit der act. doli, wenn wissentlich eine fremde Sache geschenkt war.[26]) Auch in diesem Sinne vom freiwilligen Evictionsversprechen verstanden, würde der Ausspruch des Paulus mit dem vielbesprochenen Reskript von Severus und Caracalla in l. 2 C. de evict. 8, 44 wohl vereinbar sein, wenn man die besonderen Umstände des dort entschiedenen Falles in Betracht zieht.[27])

Doch kehren wir nach dieser Abschweifung wieder zu unserem Gegenstande zurück. Wird eine Sache aus einer Stipulation geschuldet, so haftet, wie wir gesehen haben, der Promissor unbedingt aus der bei Leistung der Sache durch Stipulation übernommenen Präſtation bestimmter Mängel derselben. Ganz anders aber, wenn die Sache aus einem Vermächtniß geschuldet war. Man darf nicht übersehen, daß Inhalt und Umfang der durch den Erblasser begründeten Verbindlichkeit seine Bestimmung nicht durch eine zwischen dem Belasteten und dem Vermächtnißnehmer getroffene Festsetzung empfangen kann. Wenn der Erblasser den Onerirten zur Leistung dieses Sachindividuums, wie es ist, verpflichtet hat, so kann das durch einen späteren Vertrag zwischen demselben und dem Legatar normirte Einstehen für gewisse Mängel der Sache unmöglich als mit

26) l. 18 §. 3 D. de donat. 39, 5.

27) Der Erblasser scheint hier nämlich seiner Enkelin mit Rücksicht auf das früher geschenkte Grundstück einen kleineren Erbtheil hinterlassen zu haben.

in der Vermächtnißobligation enthalten angesehen werden.[28]) Diese ist durch Leistung der Sache erfüllt worden. Ein auf die Prästation der Mängel gerichteter Vertrag könnte hier nur aufgefaßt werden als ein selbständiges Schenkungsversprechen hinsichtlich des eventuellen Minderwerthes der Sache, oder, besser noch positiv ausgedrückt, desjenigen Betrages, um welchen sich bei Abwesenheit des Mangels der Werth der Sache erhöhen würde. Wenn nun von Pomponius in unserer l. 56 die Stipulation nicht unter diesem Gesichtspunkt aufrechterhalten wird, wenn vielmehr das „praestari“ auf den Schaden bezogen wird, den der Empfänger als Vermächtnißnehmer, nicht als Stipulator, also ex causa legati durch die Leistung einer mangelhaften Sache erlitten hätte, so hat dies seinen guten Grund darin, daß die Annahme, der Belastete habe dem Legatar eine Liberalität erweisen wollen, ganz ferne liegt. Consequent müßte man ja sonst auch beim Vermächtniß einer eigenen Sache des Erblassers, deren Eigenthum der Legatar sofort erworben hat, und überhaupt wenn es sich um eine dem Andern bereits gehörige Sache handelt und der Promissor in gar

28) Dies verhielte sich, wie kaum noch hinzugefügt zu werden braucht, anders, wenn die Sache nur der Gattung nach bestimmt ist. Denn da hier die Wahl des zu leistenden Gegenstandes vom Belasteten abhängt, so kann man sagen, daß soweit auch Maß und Umfang seiner Verbindlichkeit durch ihn selbst bestimmt wird. Wenn er nun, während er an sich auch durch Leistung eines mangelhaften Gegenstandes dieser Gattung seine Verpflichtung erfüllen würde, ausdrücklich die Abwesenheit des betreffenden Fehlers durch Stipulation zusagt, so hat er eben dadurch die ihm aus dem Testament obliegende Verbindlichkeit näher normirt und festgestellt, daß der Inhalt des Vermächtnisses nach dem Willen des Erblassers die Leistung einer von dem fraglichen Fehler freien Sache sei.

keinem Rechtsverhältniß zu demselben steht, aus einem solchen Versprechen, für die Mängel der Sache einzustehen, eine Haftung hervorgehen lassen! Eine Obligation würde hier allerdings entstehen, wenn entweder die Stipulation auf eine bestimmte Geldsumme bezw. ausdrücklich auf den Werth der Sache gestellt war,[29]) oder auch ohnedies, wenn in dem Versprechen eine Garantieübernahme enthalten ist, durch welche der andere Theil zu einem gewissen Verhalten bestimmt werden sollte. Dies würde, um bei dem Vermächtniß stehen zu bleiben, der Fall sein, wenn durch die Zusage der Abwesenheit des Mangels der Legatar erst bestimmt worden ist, das Vermächtniß überhaupt anzunehmen. So wenn der Legatar selbst wieder mit einem Geldvermächtniß an den Erben oder einen Dritten belastet ist, dessen Höhe den Werth der Sache beim Vorhandensein jenes Fehlers übersteigen würde.[30]) Oder es ist ein diebischer Sklave vermacht, den der Erbe gern loswerden möchte, ohne daß er sich desselben auf andere Weise entledigen könnte oder wollte, und dieser bestiehlt den Legatar. In solchen und ähnlichen Fällen wäre aber auch ein vermögensrechtliches Interesse des Vermächtnißnehmers an der Fehlerlosigkeit der Sache ex causa legati begründet, und er würde hier, um den Ausdruck des Pomponius zu wiederholen, in legato damnum facere.

Schließlich muß noch bemerkt werden, daß dieselben Grundsätze hier zur Anwendung kommen, mag das Vermächtniß einer dem Erblasser oder einer dem Erben oder einem Dritten gehörigen Sache in Frage stehen.

B. Aus dem Satze „res talis dari debet qualis relicta est“ würde folgen, daß die vermachte Sache mit allen zur Zeit des Anfalles des Vermächtnisses an ihr und für sie bestehenden dinglichen Rechte geleistet werden müsse. Aber

29) Dann käme die causa weiter nicht in Betracht.
30) Vgl. den Comment. Th. 47. S. 299 ff.

gerade in dieser Beziehung gestattet die Rücksicht auf die Willensmeinung des Vermächtnißgebers keine strenge Durchführung jener doch auch nur auf die voluntas defuncti gegründeten Rechtsregel. So hat dieselbe keine durchgreifende Geltung, wenn an der vermachten Sache ein Nießbrauch, eine Emphyteusis, Superficies oder ein Pfandrecht besteht. Da, wenn diese Rechte fortbestünden, die Nutzung der Sache entzogen wäre, oder mitunter das Vermächtniß sogar allen Werth für den Legatar verlieren könnte, so kann er die Sache frei von jenem beschränkenden Recht beanspruchen.[31]) Jedoch ist dieser Anspruch unter Umständen bedingt durch die Kenntniß des Erblassers von der Existenz jenes beschränkenden Rechtes und gestaltet sich in der Durchführung überhaupt verschieden je nach der Besonderheit der Fälle.[32])

a) Soviel scheint sicher angenommen werden zu können, daß da, wo es sich um das Vermächtniß einer fremden Sache handelt, der Beschwerte dieselbe stets, ohne daß es auf das Wissen des Erblassers von dem Vorhandensein des betreffenden ius in re irgendwie ankommen könnte, von dem letzteren befreit dem Legatar gewähren muß. Und zwar nicht bloß dann, wenn dem Beschwerten selbst das dingliche Recht zusteht (in welchem Falle es übrigens durch den Erwerb der Sache behufs Leistung derselben untergehen würde), sondern auch wenn ein Dritter berechtigt war. Es ist dies schon aus dem Grunde einleuchtend, weil der Vermächtnißträger hier durch die Ablösung des Rechts nicht mehr be-

31) Wie es sich bei einem auf der vermachten Sache lastenden usus und der habitatio verhalte, scheint mir quaestio facti im einzelnen Falle zu sein.

32) Darüber ist bereits von Arndts in dem Comment. Th. 46. S. 127 ff. eingehend gehandelt worden, auf dessen Ausführungen überhaupt verwiesen werden mag. Das Folgende will nur als Nachlese gelten.

lastet wird, als er es wäre, wenn dasselbe nicht existirt oder wenn der Erblasser von demselben Kenntniß gehabt hätte.[33])

b) Fraglicher gestaltet sich der Anspruch des Vermächtnißnehmers schon, wenn eine Erbschaftssache den Gegenstand des Vermächtnisses bildet. Ist dem Erben das dingliche Recht zuständig oder die Sache ihm für eine fremde Schuld verpfändet, so versteht es sich von selbst, daß dasselbe mit dem Erbschaftsantritt durch confusio untergehen muß, vorausgesetzt daß nicht in diesem Zeitpunkte das Eigenthum der Sache auf den Legatar übergeht. Wir werden also für das vorjustinianische Recht hier zwischen Damnationslegat oder Fideicommiß und Vindicationslegat unterscheiden müssen. Bei letzterem geben uns die Quellen für den Nießbrauch die bestimmte Entscheidung, daß derselbe trotz seines Bestehenbleibens doch dem erblasserischen Willen gemäß nicht geltend gemacht werden könne: eine Entscheidung welche unbedenklich auch auf das Pfand-

33) Setzen wir den Werth des vermachten Grundstücks = 20000, den Nießbrauch des Dritten = 5000. Dann würde der Erbe das Grundstück für 15000 erstehen und den Nießbrauch mit 5000 ablösen. Aehnlich würde es sich verhalten, wenn das Grundstück für eine Forderung von 5000 dem X. verpfändet war. Würde der Erbe es auch für 20000 erstehen, so würde er doch nach Abfindung des Pfandgläubigers immer noch auf 5000 gegen den Schuldner Regreß nehmen können. Der Einwand, daß ja der Schuldner insolvent sein kann, wiegt nicht schwer. In diesem Falle würde sich ja auch schon der Kaufpreis reduciren. — Es ließe sich hier sogar umgekehrt die Meinung vertheidigen, daß gerade dann, wenn der Erblasser von dem auf der Sache lastenden dinglichen Recht Kenntniß hatte, der Legatar es gemäß dem Willen desselben mit zu übernehmen habe.

recht zu übertragen ist.[34]) Daraus ergiebt sich ganz von selbst, daß beim Damnationslegat der Vermächtnißnehmer

34) Marcellus l. 26 D. de legat. II.: Is, cuius in servo proprietas erat, fructuario herede instituto alicui eum servum legavit; non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet non relicto heredi usufructu. Der Erbe kann also, wenn der Legatar die Sache vindicirt, sich nicht einredeweise auf seinen Nießbrauch berufen und würde umgekehrt, wenn er die act. confessoria gegen den im Besitz der Sache befindlichen Legatar anstellen wollte, durch exc. doli zurückgewiesen werden. (Genau genommen würde übrigens im ersten Falle der exc. ususfructus eine replicatio doli entgegenstehen). Die Erklärung dieser Stelle, welche Arndts a. a. O. S. 127 giebt, scheint völlig verfehlt. Es wird von ihm das Vermächtniß einer Sache, an der einem Anderen der Nießbrauch zusteht, arg. l. 76 §. 2 cit. l. 4 D. de usufr. 7, 1. ebenso aufgefaßt wie das Vermächtniß einer Sache, die zum Theil dem Erblasser und zum Theil einem Anderen gehört, und die Versagung der exc. doli damit gerechtfertigt, daß das Vermächtniß „rücksichtlich des Nießbrauches nach Analogie des SC. Neronianum als Damnationslegat aufgefaßt werde, kraft dessen der Erbe verflichtet war, dem Legatar als neuem Eigenthümer seinen Ususfructus zu opfern." Damit aber werden nur selbstgeschaffene Schwierigkeiten auf unbefriedigende Weise beseitigt. Die Statthaftigkeit der rei vindicatio des Legatars kann doch nicht in Zweifel gestellt werden; und wenn die vom Erben auf seinen Nießbrauch gestützte doli exc. verworfen wird, so hat dies seinen Grund einfach darin, daß umgekehrt er selbst arglistig handelt, indem er gegen den Willen des Erblassers den Nießbrauch geltend macht. Was Arndts sich unter einer „vindicatio deducto usufructu" vorstellt (für welche er sich auf die in iure cessio deducto usufructu in Fragm. Vaticana §. 50 beruft), ist nicht ganz klar. Daß eine solche unmöglich ist, bedarf kaum der näheren Ausführung; denn eine Intentio „si paret servum ex

nicht zur Wiederherstellung des untergegangenen ius in re verpflichtet sein kann. Jedoch finden wir dies noch indirekt bestätigt in l. 76 §. 2 D. de legat. II.[35]) Papinian sagt hier, daß, wenn der Usufructuar zum Erben eingesetzt und das Nießbrauchsgrundstück unter einer Bedingung (und zwar per vindicationem) vermacht worden ist, die Rücksicht auf den Willen des Erblassers es nicht als zuläßig erscheinen lasse, daß der Erbe auf Grund seines Nießbrauches den ganzen Nutzen des Grundstückes behalte. Wenn man nun beachtet, daß beim Vindicationslegat, — mag auch immerhin mit Eintritt der Bedingung das Eigenthum direkt auf den Legatar übergehen — doch in der Zwischenzeit der Erbe Eigenthümer ist und somit sein Nießbrauch hier durch Confusio untergeht:[36]) so läßt

iure Quiritium Auli Agerii (sc. legatarii) esse deducto usufructu Numerii Negidii (sc. heredis)" bringt einen inneren Widerspruch in die Vindicatio hinein. Der Judex müßte ja hier den Beklagten, auch wenn der Kläger sein Eigenthum beweist, doch stets absolviren, da derselbe kraft seines Nießbrauches die Sache im Besitz behalten könnte. Wenn man nicht etwa gar die rei vindicatio als Feststellungsklage auffassen wollte, die im vorliegenden Falle keinen Sinn und Zweck hat.

35) Dominus herede fructuario scripto fundum sub condicione legavit: voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. S. den Comment. Th. 46. S. 129.

36) Vgl. Arndts in dem Comment. Th. 48. S. 333 ff. Dafür gewährt einen interessanten Beleg die bekannte Entscheidung Julians in l. 17 D. qu. mod. ususfr. 7, 4, welche Arndts sich hat entgehen lassen. Dem Mävius ist der Nießbrauch pure, dem Titius die nuda proprietas unter einer Bedingung vermacht. Wenn nun ersterer pendente condicione vom Erben das Eigenthum erwirbt, so soll mit Eintritt der Bedingung Titius die Sache pleno

sich die Entscheidung nur davon verstehen, daß der Erbe gegenüber der Vindication des Legatars nicht mittelst exc. doli Wiederherstellung des Nießbrauches oder Entschädigung für denselben verlangen kann. Dies geht auch aus dem Schlußsatze der Stelle hervor, in welchem dem Nießbrauch des Erben der Fall einer für ihn am vermachten Grundstück bestehenden Prädialservitut entgegengesetzt wird.

Wie nun wenn ein Dritter den Nießbrauch an der vermachten Sache hat? Auf das Wissen oder Nichtwissen des Erblassers von dem Bestehen desselben wird gar kein Gewicht gelegt.[37]) Auch mit Recht, da doch der Fall, daß der Erblasser von dem an seiner Sache bestehenden Nießbrauch keine Kenntniß hat, zumal wenn sie sich im Besitze des Usufructuars befindet, überhaupt kaum vorkommen wird.[38]) Vielmehr kam hier im klassischen Recht alles

iure haben und der Nießbrauch ein für allemal durch confusio untergegangen sein. Obwohl also mit Eintritt der Bedingung das Eigenthum des Erwerbers von selbst endigt und direkt vom Erblasser auf den Legatar übergeht, wird die confusio nicht etwa rückgängig gemacht. Denn es wird existente condicione nicht so angesehen, als hätte er das Eigenthum nie erworben gehabt. Anders müßte in l. 76 §. 2 cit. die Entscheidung lauten, wenn beim bedingten Vindicationslegat einer im Nießbrauch des Erben stehenden Sache mit Eintritt der Bedingung die confusio als nicht geschehen behandelt oder nach rückwärts aufgehoben würde. Vgl. aber Fitting Rückziehung S. 91.

37) l. 66 §. 6 D. de legat. II. Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede: ususfructus enim . . . emolumentum rei continet. (Papin.) Anders Arndts a. a. O. S. 131.

38) Daß er undenkbar sei, soll damit keineswegs gesagt sein. Könnte doch z. B. der Erblasser eine Sache erworben haben, an welcher für einen Anderen, der nichts davon wußte, ein Nießbrauch durch Vindicationslegat begründet war.

darauf an, ob ein Vindications= oder ein Damnationslegat angeordnet war. Nur im letzteren Falle war der Erbe zur Ablösung des Nießbrauches verpflichtet.[39]) Von einer solchen oder ähnlichen Unterscheidung kann im Justinianischen Recht natürlich nicht mehr die Rede sein; der Beschwerte hat also stets auch den Usus fructus dem Legatar zu prästiren.

Etwas abweichend ist das Verhältniß zu beurtheilen, wenn an der vermachten Erbschaftssache einem Dritten ein Pfandrecht zusteht. Es wird hier vor Allem ein Unterschied zwischen der Verpfändung für eine eigene und eine fremde Schuld zu machen sein. Ist die Sache mit einem Pfandrecht für eine eigene Schuld des Erblassers und somit auch des Erben belastet, so muß hier der Erbe im Justinianischen Recht stets (im klassischen Recht freilich nur im Fall des Damnationslegates) als verpflichtet gelten, die Sache pfandfrei zu gewähren. Von des Erblassers Kenntniß vom Pfandrecht kann hier die Wirkung des Vermächtnisses nicht abhängig gemacht werden. Denn — ganz abgesehen davon, daß eine Unbekanntschaft mit dem Pfandrecht schwerlich vorkommen kann — würde ja der den Pfandgläubiger befriedigende Legatar doch wieder gegen den Erben selbst mit der cedirten Schuldklage oder utilis actio Regreß nehmen können. Und ebenso müßte es sich natürlich verhalten, wenn die Sache von Anfang an für eine Verbindlichkeit des Erben verpfändet war. Hier wie dort kann aber auch der Erblasser gewollt haben, daß der Legatar die Pfandschuld übernehmen solle. Ganz anders aber wenn ein Pfandrecht an der Sache für die Schuld eines

Aber dabei darf man die kurze Frist, in der ein Nießbrauch nach klassischem Recht durch non usus erlischt, nicht außer Acht lassen.

39) Vgl. oben S. 33. Anm. 58.

Dritten besteht. Müßte der Erbe das Pfandrecht ablösen, so würde ihn die Gefahr der Insolvenz des Schuldners treffen, während sonst der Legatar das Risiko zu tragen hätte. In diesem Falle kommt es allerdings darauf an, ob der Erblasser von der Verpfändung wußte.[40])

c) Ebenso wird die Kenntniß des Erblassers in Betracht gezogen werden müssen, wenn den Gegenstand des Vermächtnisses eine dem Erben gehörige Sache bildet, an welcher ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht für die Schuld eines Dritten besteht.

Es wäre nun noch, nachdem Arndts (Th. 46. S. 146 fg.) bereits die in der neueren Gesetzgebung vertretenen Grundsätze erörtert hat, die Stellung, welche der Entwurf des bürgerl. Gesetzbuches f. d. deutsche Reich in unserer Frage einnimmt, zu beleuchten. Derselbe bestimmt in §. 1861:

Ist der durch das Vermächtniß zugewendete Gegenstand zur Zeit des Erbfalles mit einem Pfandrechte, einer Grundschuld oder einem anderen Rechte belastet, so kann der Vermächtnißnehmer nicht die Befreiung von einer solchen Belastung verlangen, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt.

Es ist hier also ein genereller, gleichmäßig durchgreifender Grundsatz aufgestellt, ohne daß auf die innere Verschiedenartigkeit der Fälle Rücksicht genommen oder auf die Kenntniß des Erblassers von der vorhandenen Belastung der vermachten Sache grundsätzlich Gewicht gelegt würde. Mithin gleichviel, ob es sich um das Vermächtniß einer Erbschaftssache oder einer fremden Sache handelt, und ohne

40) Auf diesen Fall beziehen sich augenscheinlich alle einschlagenden Quellenstellen, nämlich §. 5 J. de legat. 2, 20. l. 57 D. de legat. I. l. 66 §. 6 eod. II. l. 6 C. de fideic. 6, 42. Paul. sent. III. 6. §. 8. (Th. 46. S. 135 ff.).

Unterschied, ob einem Dritten oder dem Erben das betreffende dingliche Recht zusteht und ob für die Schuld eines Dritten oder die des Erben bezw. Erblassers die Sache verpfändet sein mag, allemal soll sie cum onere suo auf den Vermächtnißnehmer übertragen werden. Nur dann freilich, wenn an einer beweglichen Sache des Erblassers das dingliche Recht oder Pfandrecht des Erben bestand, oder wenn die Sache für eine Schuld des Erblassers an den Erben verpfändet war, würde es durch Vereinigung untergehen. (Entw. §. 1016. §. 835). Und ebenso würde der Untergang des an der fremden beweglichen Sache dem Erben zuständigen Rechts stattfinden, wenn er so unklug wäre, sie selbst behufs Leistung an den Legatar zu erwerben, anstatt sie direkt durch den Eigenthümer auf letzteren übertragen zu lassen.

Was das Vermächtniß einer Erbschaftssache anbelangt, so kommt die Bestimmung des Entwurfs wesentlich überein mit den in den neueren Gesetzgebungen enthaltenen Vorschriften.[41]) Zwischen diesem aber und dem Vermächtniß einer fremden Sache (sog. Verschaffungsvermächtniß) soll, wie die Motive (Bd. V. S. 167) ausdrücklich hervorheben, kein Unterschied zu machen sein. Aber die höchst bedenklichen, ja exorbitanten Resultate, zu denen wir mit dieser Gleichstellung gelangen, Resultate, die nicht mehr bloß dem Willen des Vermächtnißgebers, sondern geradezu der juristischen Logik widersprechen (S. 81 bei Anm. 33), würden uns, wie es scheint, dennoch zwingen, jenen Unterschied zu machen. Wenn dem Bedachten eine fremde bewegliche Sache

41) Preuß. Landrecht I. 12 §. 325. (Gruchot Erbr. I. S. 595 fg.) Code civil art. 1020, österreich. Gesetzb. §. 662. (Unger Erbr. §. 67. Anm. 1.), sächs. Gesetzb. §. 2452. 2453, hess. Entw. Art. 303.

oder das einem Dritten gehörige Grundstück verschafft werden soll, ohne daß der Erblasser davon Kenntniß hatte, daß erstere einem Dritten oder dem Erben selbst verpfändet ist oder an letzterem einem Dritten oder dem Erben ein Nießbrauch zusteht, so wollte der Vermächtnißgeber den Gegenstand doch in seinem vollen von ihm angenommenen Werthe dem Bedachten zuwenden und den Erben mit der Anschaffung desselben zu dem angenommenen Werthe belasten. Schon daraus folgt, daß der Gegenstand frei von Pfandlast und Nießbrauch gewährt werden muß. Der Vermächtnißnehmer erhält so nicht mehr, als der Erblasser ihm zugedacht hat und der Erbe wird nicht mehr beschwert, als er nach dem Willen des Vermächtnißgebers sein sollte. Es wäre widersinnig zu sagen, daß letzterer anders verfügt haben würde, wenn ihm das dingliche Recht an jenem Gegenstand bekannt gewesen wäre. Wohnte ihm aber diese Kenntniß inne, so wird gleichfalls sein Wille regelmäßig auf Befreiung der Sache von der Belastung gerichtet sein. Wenn wir nun zwischen beiderlei Vermächtnissen unterscheiden, so treten wir allerdings in Widerspruch mit den Motiven, aber nicht mit dem Wortlaut und der ratio legis des §. 1861 des Entwurfes selber. Denn wenn es am Schlusse desselben heißt: „sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt," so sind wir vollberechtigt, diesen Satz, gerade auf den Fall des Verschaffungsvermächtnisses anzuwenden, als in welchem regelmäßig dieser andere Wille des Erblassers vorhanden sein wird.

Was das Vermächtniß einer dem Erblasser oder Erben gehörigen Sache anbetrifft, so läßt sich freilich darüber streiten, ob das Römische Recht damit, daß es ein entscheidendes Gewicht auf die Kenntniß der Erblassers hinsichtlich des dinglichen Rechts legt, das Richtige getroffen hat. Es ließe sich ebenso gut als Wille des Erblassers annehmen, daß die Sache so wie sie ist mitsammt ihrer Belastung auf

den Legatar übergehen soll, also daß der Erbe nur sie selbst hingeben, aber nicht dazu noch mit einer anderen Leistung, einer Aufopferung aus seinem Vermögen beschwert sein soll. Aber es ist doch fraglich, ob man dem muthmaßlichen Willen des Erblassers in allen Stücken gerecht wird, wenn man einem einheitlichen Prinzip zu liebe Nießbrauch und Pfandrecht, ferner das Pfandrecht an einer beweglichen Sache, insbesondere das Faustpfandrecht und die hypothekarische Belastung von Grundstücken, endlich das dem Belasteten und das einem Dritten an der vermachten Sache zustehende dingliche Recht in dieser Beziehung völlig gleich behandelt.

Um mit dem letzteren zu beginnen, so wird die Befreiung des vermachten Grundstückes [42]) wohl regelmäßig im Sinne des Erblassers liegen, wenn dasselbe mit einem Nießbrauch, einer Hypothek oder Grundschuld zu Gunsten des mit dem Vermächtniß beschwerten Erben belastet war. Ist einem Dritten das betreffende Recht zuständig, so wird man zwischen beweglichen Sachen und Immobilien zu unterscheiden haben. Daß wir mit dieser Unterscheidung den Sinn des Erblassers treffen, dürfte namentlich im Falle der Verpfändung zutreffen. Wenn der Erblasser die von ihm verpfändete bewegliche Sache, die sich wohl gar im Besitze des Gläubigers befindet, vermacht, oder wenn dem Erben anbefohlen wird, seine verpfändete bewegliche Sache dem Bedachten zu geben, so kann der Erblasser mit dieser Verfügung, vorausgesetzt, daß er letzterenfalls Kenntniß von

42) Handelt es sich um eine bewegliche Sache, so würde das dingliche Recht des Erben stets untergehen, da das Eigenthum der vermachten Sache nach der Bestimmung des Entwurfes nie unmittelbar dem Bedachten erworben wird. Von einer Verpflichtung des Vermächtnißnehmers beim Erwerbe der Sache jenes dingliche Recht wiederherzustellen, ist in dem Entwurfe nicht die Rede.

der Verpfändung hatte,[43]) nur beabsichtigt haben, die Sache dem Bedachten so zuzuwenden, daß er sie ohne jede Aufopferung von seiner Seite haben und unangefochten behalten könne. Damit ist aber den Belasteten zugleich die Verpflichtung auferlegt, die Sache pfandfrei zu machen. Dies ist namentlich einleuchtend, wenn die Pfandschuld dem Werthe der Sache nahe kommt. Daß dem Bedachten zum Zwecke der vollständigen Erlangung der Sache die Einlösung derselben aufgebürdet und er für seine Auslage auf den unsicheren persönlichen Anspruch gegen den Schuldner verwiesen sein sollte, dies würde mit der Natur einer lucrativen Zuwendung und so auch mit der liberalen Absicht des Vermächtnißgebers schwerlich im Einklang stehen. Setzt man aber noch den Fall, daß die Sache für eine Schuld des Erblassers oder des Erben verpfändet war, so würde der Vermächtnißverfügung geradezu Hohn gesprochen werden, sollte der Bedachte, um die vermachte Sache in sein Vermögen zu bringen, zuerst genöthigt sein, die Schuld zu bezahlen, um dann die Pfandforderung gegen den Erben geltend zu machen.[44])

Handelt es sich dagegen um ein Grundstück des Erblassers oder Erben, so wird allerdings der aufgestellte Grund-

43) Weiß der Erblasser nichts von dem an der Sache des Erben bestehenden Pfandrecht, so fällt nicht allein die Befreiung von demselben dem Erben nicht zur Last, sondern es wird sogar fraglich sein, ob der die Sache einlösende Legatar einen Anspruch gegen den von der Pfandschuld befreiten Erben geltendmachen könne. Es müßte hier das Vermächtniß der verpfändeten Sache nach Analogie desjenigen einer fremden Sache, die der Erblasser irrthümlich für eine dem Erben gehörige hielt, beurtheilt werden.

44) So z. B. auch wenn der Erblasser sein in der Miethswohnung befindliches Mobiliar vermacht hat, welches dem Vermiether für rückständigen Miethzins haftet.

satz, daß der Vermächtnißnehmer die Befreiung von der Belastung nicht verlangen kann, dem Willen des Vermächtnißgebers vollständig entsprechen. Ganz abgesehen davon, daß die Befreiung von dem dinglichen Recht den Erben durchschnittlich in weit höherem Maße beschweren würde, als es bei beweglichen Sachen der Fall wäre, kommt beim Pfandrecht vornehmlich der Umstand in Betracht, daß es sich bei der Verpfändung beweglicher Sachen um Schulden handelt, deren baldige Tilgung beabsichtigt wurde, während bei der Hypothek und der Grundschuld das Schuldverhältniß auf eine längere Dauer berechnet und somit auch die Belastung des Grundstückes als eine bleibende gemeint ist. Auch wird ja die Beherrschung und Nutzung des Grundstückes nicht durch diese an ihm haftende Last gehemmt, wie die der beweglichen Sache durch das Faustpfand. Hält man nun aber diesen Gesichtspunkt fest, so kann es kaum noch fraglich sein, welche Stellung der Vermächtnißnehmer zu der persönlichen Schuldverbindlichkeit des Erblassers bezw. Erben, die der Hypothek zu Grunde liegt, nach dem Willen des Erblassers einzunehmen hat. Man wird dem die Pfandschuld zahlenden Vermächtnißnehmer hier nicht den Rückgriff gegen den Erben als persönlichen Schuldner gewähren dürfen, ihn vielmehr von vorneherein für verpflichtet halten müssen, diese Schuld selbst zu übernehmen.[45]) Denn so allein wird der Wille des Erblassers in vollem Umfange realisirt, daß der Erbe nur das Grundstück dem Bedachten hinzugeben und nicht selbst über dasselbe hinaus noch zu einer Leistung verpflichtet sein solle. Der Entwurf des bürgerl. Gesetzb. enthält darüber keine ausdrückliche Bestimmung; er steht aber, da die sonst geltenden Grundsätze auch in unserem Falle zur Anwendung kommen müssen,

45) Wie das sächs. Gesetzb. §. 2453 klar bestimmt und wohl auch das preuß. Landrecht I. 12. §. 326 meint.

auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Der den Hypothekengläubiger befriedigende Vermächtnißnehmer würde die persönliche Forderung desselben gegen den Erben erwerben und sie unbeschränkt geltend machen können; es wird so, wie die Motive noch ausdrücklich anerkennen, „in Ansehung der durch die Hypothek gesicherten persönlichen Schuld des Erblassers der Erbe in der Regel die Schuld endgültig tragen müssen.“ Ja noch weiter, auch wegen der von ihm an den Hypothekengläubiger gezahlten Zinsen des eingetragenen Kapitals könnte sich der Vermächtnißnehmer an den Erben halten und Erstattung verlangen. Das käme doch schließlich praktisch darauf hinaus, daß der Erbe im Grunde genommen — wogegen sich die Motive so sehr sträuben — verpflichtet ist, die Sache von dem Pfandrechte zu befreien. Und das sollte, fragen wir, wirklich der Wille des Erblassers gewesen sein, der sein mit Hypotheken belastetes Grundstück vermachte, oder dem Erben auferlegte, sein eigenes Grundstück dem Bedachten zu übertragen?[46])

46) Wenn die Motive a. a. O. S. 167 fg. bemerken, daß auf dem Grundstücke nur das dingliche Recht, nicht die persönliche Schuld hafte, so ist dies ganz richtig, aber daraus ergiebt sich noch nicht der Folgesatz, daß auch nur die dingliche Belastung auf dem Vermächtnißnehmer übergehen könne. Richtig ist ferner, daß die Haftung des Vermächtnißnehmers für die persönliche Schuld sich nur auf den Willen des Erblassers, daß der Vermächtnißnehmer dieselbe übernehmen solle, gründen lasse; falsch aber wieder, daß sich ein solcher Wille ohne weiteren Anhalt nicht annehmen lasse. Ueberhaupt thun die Motive so, als ob die durch eine Hypothek gesicherte Schuld an sich gar nichts mit dem Grundstück selbst zu schaffen hätte, während sie doch in Wahrheit regelmäßig, wenn freilich auch nicht ausnahmelos, in einem engen materiellen Zusammenhange mit demselben steht, indem das gewährte Darlehen zum Er-

C. Ganz anders bei den Prädialservituten. Diese werden hier durchaus als eine dem Grundstücke anhaftende Qualität behandelt.[47]) Sie müssen daher auch, ohne daß auf den Willen des Erblassers zurückgegriffen würde, wiederhergestellt werden, wenn sie durch Confusio infolge des Erbschaftserwerbes untergegangen sind. Dies gilt sowohl von den auf dem vermachten Grundstück lastenden, als den für dasselbe bestehenden Servituten.[48]) Im ersteren Falle wird die Wiederherstellung der Servitut durch exc. doli gegen die auf Abtretung des Grundstückes gerichtete Klage des Legatars, im letzteren Falle durch die act. ex testamento selbst erzwungen.[49]) Nur wenn aus einer ausdrücklichen Erklärung des Erblassers hervorgeht, daß der Vermächtnißnehmer das Grundstück servitutfrei bekommen solle, gilt etwas anderes.[50])

werbe, zur Bebauung, Melioration des Grundstückes u. dgl. verwendet worden ist.

47) l. 69 §. 3. l. 116 §. 4 D. de legat. I. S. den Comment. Th. 46. S. 125. 126.

48) Einerseits l. 70 §. 1 D. de legat. I.: Si fundus qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, non aliter a me tibi praestari debeat, quam ut pristinam servitutem recipiam. vgl. l. 76 §. 2 D. de leg. II. Andererseits l. 84 §. 4 D. de legat. I.: Aedes, quibus heredis aedes serviebant, legatae sunt traditae legatario non imposita servitute: dixi posse legatarium ex testamento agere, quia non plenum legatum accepisset.

49) l. 116 §. 4 D. de legat. I.: nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur; si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest. l. 18 D. de servit. 8, 1.

50) l. 69 §. 3 D. de legat. I. Quod si ita legatus sit „uti optimus maximusque,“ liber praestandus est. Vgl. l. 59 D. de C. E. 18, 1. l. 75 D. de evict. 21, 2. l. 90. 126. 169. D. de V. S. 50, 16. Wie wenn das dem Erblasser

Nach klassischem Recht konnte ein Untergang der Servitut regelmäßig nur (abgesehen vom Fideicommiß) beim Damnationslegat erfolgen und alle in den Digesten davon handelnden Excerpte sind im Sinne ihrer Verfasser von einem solchen zu verstehen. Da nun im Justinianischen Recht das Eigenthum der vermachten Sache stets unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer übergeht, so möchte es auf den ersten Blick scheinen, als ob jene Confusio und die Verpflichtung zur Wiederherstellung der Servitut keine praktische Bedeutung mehr hätte und die davon handelnden Stellen nur aus leicht erklärlichem Versehen in die Compilation aufgenommen wären. Indessen jener unmittelbare Eigenthumsübergang findet doch nur bei Erbschaftssachen statt. Wenn also ein dem Erben gehöriges Grundstück vermacht ist, für welches eine Servitut an einem Erbschaftsgrundstück, oder an welchem für letzteres eine solche besteht, so wird auch noch im Justinianischen Recht jene Confusio eintreten und damit die Verpflichtung begründet sein, die untergegangene Servitut wiederherzustellen. So ferner auch, wenn das vermachte fremde Grundstück, das in einem Servitutenverhältniß zu dem ererbten oder eigenen Grundstück des beschwerten Erben steht, von diesem zunächst behufs

gehörige servitutpflichtige Grundstück in jener Formel als ein servitutfreies per vindicationem vermacht war? Jedenfalls kann der Legatar, wenn dem belasteten Erben die Servitut zusteht, die act. confessoria desselben mit exc. doli zurückweisen. Aber es war ihm hier auch eine persönliche Klage ex testamento auf Aufhebung oder Ablösung der Servitut zuständig, die sich namentlich dann von praktischer Bedeutung erwies, wenn das herrschende Grundstück einem Dritten gehört. Es liegt hier in dem Vermächtnisse des Grundstückes noch ein auf Befreiung von der Servitut gerichtetes Nebenvermächtniß. Für das Justinianische Recht kann hier kein Zweifel obwalten.

Leistung an den Legatar selbst erworben werden würde. Das Gleiche gilt aber auch beim bedingten oder befristeten Vermächtniß eines Erbschaftsgrundstückes,[51]) wie schon im klassischen Recht bei einem derartigen Vindicationslegat. Auch hier würde also exc. doli gegen die rei vindicatio des Vermächtnißnehmers, bezw. die persönliche Klage des letzteren behufs Wiederherstellung der Servitut platzgreifen.[52]) Uebrigens kann der Vermächtnißnehmer nicht bloß im Falle der Aufhebung der Servitut durch Confusio die Wiederherstellung derselben fordern, sondern er kann — was aber in einen anderen Zusammenhang gehört — den Erben auch dann hierauf in Anspruch nehmen, wenn eine dem vermachten Grundstück zuständige Servitut durch Schuld desselben untergegangen ist.

Der Grundsatz, daß die Sache in ihrer Beschaffenheit zur Zeit des Erbfalles den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, würde an sich auch die Annahme eines stillschweigenden Servitutenvermächtnisses in dem Falle rechtfertigen, wenn das vermachte Grundstück in einem solchen faktischen Verhältniß zu einem anderen — sei es dem Erben verbleibenden, sei es selbst wieder vermachten — Erbschaftsgrundstück steht, welches bei verschiedenen Eigenthümern eine Servitut zu seinem rechtlichen Bestande voraussetzen würde, also kurz wenn das eine Grundstück dem anderen thatsächlich dient.[53]) Der Vermächtnißnehmer würde somit, wenn

51) Das wird schon von der Glosse bei l. 18 D. de servit. 8, 1. richtig hervorgehoben.

52) Die citirten Stellen der Digesten werden mithin im Sinne der Compilatoren auf die genannten Fälle bezogen werden müssen, wie gezwungen auch eine solche Auslegung sein mag; vgl. S. 51. Anm. 85.

53) l. 15 §. 1 D. de usufr. leg. 33, 2: „ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit.“ Des

ein Weg vom vermachten Grundstück durch ein anderes Nachlaßgrundstück führte, vom Erben die rechtsgültige Bestellung einer Wegeservitut aus dem Testament zu fordern berechtigt sein oder die act. negatoria desselben mit doli exceptio zurückweisen können. Und ebenso könnte im umgekehrten Falle der Erbe von dem das Vermächtniß einfordernden Legatar mittelst Entgegensetzung der exc. doli die Einräumung der Servitut erwirken. Ja es würde sogar angenommen werden können, daß die fragliche Servitut schon durch das Vermächtniß selbst begründet sei. So erklärt Julian in l. 81 §. 3 D. de legat. I. beim Vermächtniß eines fundus excepto aedificio, falls das Gebäude mitsammt dem Boden, auf dem es steht,[54]) nach des Erblassers Willen dem Erben verbleiben soll:

> fundus excepta villa vindicari debebit et servitus (sc. itineris et actus) ipso iure villae debebitur, non secus ac si duorum fundorum dominus alterum legaverit ita, ut alteri serviret.

Uebereinstimmend entscheidet in l. 20 pr. D. si serv. 8, 5. Scävola in dem Falle, wenn die auf dem vermachten Grundstück liegenden Hütten oder Buden nicht mitvermacht sind:

> Quaesitum est, si (fundum) legatarius vindicaverit, an iste fundus aliquam servitutem casis deberet, aut si ex fideicommissi causa eum sibi dari legatarius desideraret, heredes servitutem aliquam casis excipere deberent. Respondit deberi.

Jedenfalls soll hier der Vermächtnißnehmer das Grundstück nur mit der betreffenden Servitut (wohl Wegerecht)

Näheren ist darüber in §. 1535 des Comment. bei Gelegenheit des Servitutenvermächtnisses zu handeln. Vgl. auch Glück im Comment. Th. 9. S. 77 fg.

54) Vgl. l. 49 pr. D. de R. V. 6, 1.

belastet erhalten. Beim Vindicationslegat entsteht dieselbe sofort mit der Geltendmachung des Vermächtnisses, so als ob sie der Testator dem vermachten Grundstück ausdrücklich auferlegt hätte; beim Fideicommiß darf sich der Beschwerte bei der Uebergabe des Grundstückes die Servitut vorbehalten. Was nun vom Vindicationslegat gesagt ist, wird im Justinianischen Recht auf jedes Vermächtniß übertragen werden müssen.

Es ergiebt sich aber zugleich eine Beschränkung. Nur dann darf man ein solches Servitutenvermächtniß annehmen, wenn die Benutzung des vermachten oder dem Erben verbleibenden Grundstückes ohne die Servitut unmöglich gemacht wäre. Dies gilt vor Allem von dem Zugang zu dem Grundstück, also wenn kein anderer Weg zu demselben führt, wie der auch bisher benutzte durch das zweite dem Erblasser gehörige Grundstück, z. B. wenn eine auf den Landgute befindliche, nicht an der Landstraße, sondern mitten inne gelegene Villa u. dgl. vermacht ist.[55]) So sprechen denn auch die Quellen hier ausschließlich von Wegegerechtigkeiten. Es ließen sich allerdings noch andere Fälle denken, in denen die Aufrechterhaltung des bisherigen Verhältnisses der Grundstücke zu einander, das Bestehenbleiben der fraglichen Einrichtung als Servitut dem vermachten oder dem anderen Grundstück erst vollen Werth verleiht. So z. B. wenn das zur Kultur des einen Grundstückes nothwendige Wasser nur von dem anderen oder durch dasselbe bezogen werden kann. Aber gegen die Annahme, daß auch hier eine Servitut entstehe oder eingeräumt werden müsse, machen sich doch Bedenken geltend. Es ist wohl zu beachten, daß die Begründung eines Wegerechtes für das vermachte Grundstück oder an ihm in den Quellen einzig in dem Falle an-

55) Vgl. l. 10 D. de S. P. U. 8, 2.: sine accessu nullum est fructus legatum.

genommen wird, wenn ein anderer Zugang zu demselben überhaupt nicht vorhanden ist, nicht aber auch schon dann, wenn die Benutzung des Grundstückes ohne den bestehenden Weg nur, wenn auch in noch so erheblichem Maße, erschwert wird.[56]) Einzig in dem ersten Falle wird das Haben und Beherrschen des betreffenden Grundstückes ohne die Servitut unmöglich gemacht; das Vermächtniß eines Grundstückes, zu welchem man nicht gelangen kann, wäre magis derisorium quam utile und eben deshalb muß man nothwendig die Begründung der Servitut durch die letztwillige Verfügung annehmen.

In anderen Fällen könnte man höchstens behaupten, daß dem einen oder anderen Theile durch die Verfügung des Erblassers die Verpflichtung auferlegt sei, gegen eine angemessene Entschädigung, die fragliche Servitut zu bestellen und damit den bisher bestandenen thatsächlichen Zustand in einen rechtlichen zu verwandeln. Aber auch für eine solche Auslegung des Vermächtnisses gewähren die Quellen keinen Anhalt. Gegen die Auffassung, daß in den in Rede stehenden Fällen durch das Vermächtniß des Grundstückes die Servitut selbst schon oder wenigstens eine Verpflichtung zur Bestellung derselben begründet werde, spricht ganz besonders stark die Entscheidung, welche wir in l. 1 D. de serv. leg. 33, 3 antreffen.

Julianus l. I. ex Minicio. — Qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit; quaesitum est, si quid ex superiore taberna in inferiorem

56) Vgl. namentlich Ulpian. l. 1 §. 4 D. si ususfr. 7, 6. Sed an et alias utilitates et servitutes ei heres praestare debeat, puta luminum et aquarum, au vero non? Et puto eas solas praestare compellendum, sine quibus omnino uti non potest; sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas.

inaedificatum esset, num inferior oneri ferundo in superioris tabernae loco[57]) contineretur: respondit servitutem impositam videri. Julianus notat: videamus ne hoc ita verum sit, si aut nominatim haec servitus imposita est aut ita legatum est *„tabernam meam uti nunc est do lego.“*

Das eine Gebäude steht zu dem anderen in einem thatsächlichen Dienstbarkeitsverhältniß, welches in einer baulichen Einrichtung oder sonstigen Vorkehrung äußerlich hervortritt; z. B. ein zu dem einen gehöriger Ueberbau ruht auf der Mauer des anderen, Balken sind in dieselbe eingelassen, das Regenwasser fließt vom Dache des einen auf das angrenzende Gebäude ab, ein Erker oder Balkon ragt über den zu dem anderen Grundstück gehörigen freien Platz, ein zu dem einen Hause gehöriger Abzugskanal geht durch das andere hindurch u. dgl. m. Da beide Grundstücke sich in einer Hand befinden, kann von einer Servitut nicht die Rede sein; möglicherweise ist die Servitut, welche früher bestanden, durch Confusio erloschen. Nun wird das eine Gebäude, oder das eine Diesem das andere Jenem, und zwar direkt vermacht. Minicius entscheidet, daß damit die betreffende Grunddienstbarkeit, wie servitus oneris ferendi, tigni immittendi u. s. w. rechtsgültig auferlegt, also begründet sei. Julian aber fügt berichtigend hinzu, das sei nur anzunehmen, wenn das Gebäude so wie es steht vermacht ist. Durch den Ausspruch Julians, an den wir uns zunächst zu halten

57) Mit der Florentina stimmt die Vulgata völlig überein. Die von Cujacius ad h. l. in recitt. in tit. D. 33, 3 und den Späteren gebilligte Conjectur „legato“ für „loco“ findet sich, wie ich sehe, zuerst in der Ausgabe der Digesten von Rob. Stephanus, Paris 1528; eben da wird, wie Mommsen in seiner Ausgabe vorschlägt, „inferiorem“ gelesen. Der Sinn ist nicht zweifelhaft.

haben, wird freilich noch nicht eine Belastung des Erben oder Legatars mit der Verpflichtung, eine Servitut zu bestellen, ausgeschlossen; aber schwerlich würde der Jurist dies hervorzuheben versäumt haben, wenn er wirklich eine solche Verpflichtung aufstellte. Somit würde auch der act. negatoria nichts im Wege stehen. Wir haben es hier allerdings mit einer etwas formalistischen und engherzigen Auslegung zu thun, die dem Willen des Erblassers kaum gerecht wird. Nur im Hinblick darauf, daß bei Annahme einer Servitut der Eigenthümer des belasteten Grundstückes in einem dem Willen des Erblassers vielleicht widersprechenden und kaum von ihm vorauszusehenden Maße verhindert wäre, bauliche Veränderungen zu treffen, ließe sich die Entscheidung rechtfertigen.[58]) Möglich wäre vielleicht noch eine andere Auslegung des Vermächtnisses im vorliegenden Falle. Die Absicht des Erblassers kann nämlich auch darauf gegangen sein, daß zwar eine Servitut zu Gunsten oder zu

58) Daß auch bei der Veräußerung unter Lebenden, insbesondere beim Verkaufe in einem solchen Falle ein besonderer Vorbehalt bezw. Auflage bei der Tradition oder Manzipation zur Begründung der Servitut erforderlich war, ist bekannt. Bedurfte es aber auch einer ausdrücklichen Vereinbarung oder Festsetzung, wenn die Gebäude in einem so zu sagen sichtbaren Abhängigkeitsverhältniß zu einander standen, um eine Klage auf Bestellung der Servitut oder eine exc. doli gegen die act. negatoria zu verschaffen? Die Stellen, auf welche man sich berufen könnte (l. 30 pr. l. 35 D. de S. P. U. 8, 2. l. 10 D. comm. praed. 8, 4. l. 22 §. 1 D. de cond. ind. 12, 1. l. 66 pr. D. de C. E. 18, 1. l. 69 §. 5 D. de evict. l. 47 D. de dam. inf. 39, 2.), scheinen dafür keinen zwingenden Beweis zu erbringen. Auch möchte dies mit der den Kaufcontract beherrschenden bona fides nicht rein vereinbar sein. Möglich wäre es aber auch, daß man was man dem Käufer hier gewährte, dem Verkäufer versagte.

Lasten des vermachten Gebäudes nicht begründet werden sollte, dieses aber doch in dem vorhandenen Zustand (so lange es überhaupt besteht) verbleiben dürfte bezw. müßte. Es würde dann also die actio negatoria auf Beseitigung der Vorrichtung u. dgl. mittelst Berufung auf den erblasserischen Willen ausgeschlossen sein. Wir hätten es hier mit einem rein persönlichen Anspruch desjenigen, welchem das thatsächlich herrschende Gebäude zugefallen ist, gegen den anderen Theil, möglicherweise aber auch mit einer beschränkten (sog. irregulären) Personalservitut zu thun, deren Dauer dann wieder verschieden normirt werden könnte. Ausgeschlossen wäre auch nicht die Annahme, daß nach der Meinung des Erblassers eine wirkliche Realservitut, deren Dauer aber auf die Erhaltung des berechtigten Gebäudes in dem bisherigen Zustande beschränkt wäre, begründet sein sollte.

Wir sehen, es eröffnet sich hier eine ganze Reihe von Möglichkeiten, und es wird im Einzelfalle Sache der Auslegung sein, unter Berücksichtigung der thatsächlichen Umstände den in dem Vermächtniß eines, in einem solchen faktischen Abhängigkeitsverhältniß zu einem andern stehenden, Gebäudes enthaltenen Willen des Erblassers festzustellen. Allerdings wird derselbe häufig sich keine klare Vorstellung über die Verhältnisse bilden, welche infolge seiner Verfügung hinsichtlich der betreffenden Grundstücke eintreten sollen, ja er wird meistens überhaupt daran gar nicht gedacht haben, so daß gesetzliche Bestimmungen, selbstverständlich dispositiven Charakters, für diesen Fall wünschenswerth wären. Ob die Entscheidung Julians in der besprochenen Stelle noch für uns maßgebend sei, darf füglich bezweifelt werden, da es immer mißlich ist, römische Formeln, auch wenn sie sich ganz wohl in unserer Sprache wiedergeben ließen, auf heutige Verkehrsverhältnisse zu übertragen. So bemerkt Schilter, daß die Entscheidung des Minicius nach der communis doctorum opinio mit der Praxis mehr

übereinstimme und an ihr daher festzuhalten sei,[59]) während Stryk anführt, daß in der Praxis Streit darüber herrsche, ob eine derartige Servitut durch Vermächtniß stillschweigend bestellt werden könne.[60]) Was die neuere Gesetzgebung anbetrifft, so findet sich in derselben für das in Rede stehende Verhältniß keine Normirung. Zu beachten ist aber, daß gerade für einen der praktisch wichtigsten Fälle, nämlich wenn in einem Servitutenverhältniß stehenden Grundstücke in eine Hand gekommen sind, im preuß. Landrecht I. 22 §. 53. 54 und im österr. Gesetzb. §. 526 die Bestimmung getroffen ist,[61]) daß beim Uebergang des einen Grundstückes auf einen neuen Eigenthümer die Servitut bestehen bleiben oder wieder in Wirkung treten soll. Damit wäre also unsere Frage wenigstens für den Fall entschieden, daß die beiden dem Erblasser gehörigen Grundstücke früher in getrenntem Eigenthum gestanden hätten. Und zu derselben Entscheidung würde der Entwurf des bürgerl. Gesetzb. führen, da nach §. 835 desselben — eingetragene — Servituten wie andere Rechte an einem Grundstück durch Confusio nicht untergehen. In allen andern Fällen würde ebenso wie im gemeinen Rechte eine offene Frage vorliegen und durch Auslegung der Vermächtnißverfügung zu ermitteln sein, ob und inwieweit eine Verpflichtung des Vermächtniß-

59) Praxis iur. Rom. excerc. ad Pand. XXXIX. §. 74. Nachgewiesen wird freilich diese angebliche gemeine Meinung nicht und ich habe nach einer Bestätigung derselben bei den Praktikern des 17. und 18. Jahrhunderts vergeblich gesucht.

60) Usus modern. Pand. l. 33. tit. 3. §. 1. Er beruft sich auf eine besondere Dissertation von Hertius de servitute facto constit. (Opusc. vol. I. tom. 3. p. 122 sq.), die aber auch nichts weiter enthält.

61) Abweichend das sächs. Gesetzb. §. 594.

nehmers oder des Erben hinsichtlich der Belastung des betreffenden Grundstückes bestehe.

Ebenso wie beim Vermächtniß eines Grundstückes verhält es sich, wenn der Erblasser zwei ihm gehörige Grundstücke verschiedenen Personen vermacht hat. Auch hier kann es, obwohl eine direkte Entscheidung in den Quellen sich nicht findet, keinem Zweifel unterliegen, daß wenn der Zugang zu dem einen nur durch das andere stattfinden kann, der Legatar des letzteren zur Einräumung einer Servitut verpflichtet ist. Dagegen kann von einer Prädialservitut nicht die Rede sein, wenn der Nießbrauch des einen Grundstückes vermacht ist, während das andere dem Erben verbleibt; hier kann es sich immer nur um Gewährung eines persönlichen Durchgangsrechtes, dessen Umfang sich nach den obwaltenden thatsächlichen Verhältnissen bestimmt, für den Legatar bezw. den Erben handeln.[62])

Bedenken erheben sich aber in dem Falle, wenn dem Einen das erste Grundstück, dem Anderen der Nießbrauch des zweiten vermacht ist. Daß auch hier der Usufructuar bezw. der andere Vermächtnißnehmer den Zugang zu dem betreffenden Grundstück beanspruchen könne, ist freilich selbst-

62) l. 1 §. 1 D. si ususfr. 7, 6: si ususfructus legetur, necesse est (tacite) sequatur eum aditus; . . iter semper sequitur usumfructum. §. 3. Utrum autem aditus tantum et iter, an vero et via debeatur fructuario legato ei usufructu, Pomponius dubitat: et recte putat, prout ususfructus perceptio desiderat, hoc ei praestandum. l. 2 §. 2 D. si serv. 8, 5. — quatenus est ad fruendum necessarium: namque sciendum est iter, quod fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem, neque enim potest soli fructuario servitus deberi. Vgl. l. 10 D. de S. P. U. 8, 2. l. 15 §. 1 D. de usufr. leg. 33, 2. l. 41 pr. D. de S. P. U. l. 81 §. 3 D. de legat. I. Vgl. auch Brinz Pand. III, 1. S. 325. Anm. 54.

verständlich. Aber im Uebrigen lassen die Quellen manchem Zweifel Raum und es scheinen verschiedene Auffassungen bei den Römischen Juristen vertreten gewesen zu sein. Es fragt sich nämlich: 1) ist der andere Legatar oder ist der Erbe verpflichtet den Zugang dem betr. Vermächtnißnehmer zu verschaffen? 2) handelt es sich auch hier bloß um ein persönliches ius transeundi, oder um eine wirkliche Prädialservitut? Beide Fragen stehen zum Theil in einem inneren Zusammenhange.

Bleiben wir bei dem einfacheren Falle stehen, daß die Proprietät des Nießbrauchsgrundstückes dem Erben verbleibt und nicht selbst wieder einem Dritten vermacht ist. Da möchte es nun scheinen, daß der Nießbraucher (N) immer nur einen Anspruch — sei es gegen den Vermächtnißnehmer des anderen Grundstückes (L), sei es gegen den Erben — auf Verschaffung des Zutrittes habe, weil doch ihm selbst eine Servitut nicht constituirt werden kann, und daß auch seinem Interesse mit Gewährung dieses aditus vollständig Genüge geleistet werde. Indessen beides ist nicht zutreffend. Denn wenn er auch L. nicht auf Bestellung einer Servitut für das Nießbrauchsgrundstück in Anspruch nehmen kann, so stünde doch nichts entgegen, daß er den Erben mit act. ex testamento zwänge, für das Nießbrauchsgrundstück eine Servitut zu erwerben oder am servitutberechtigten Grundstück den Nießbrauch zu begründen. Auch kann man keineswegs sagen, daß ihm die Existenz einer Grunddienstbarkeit (hier eines Wegerechtes) für das Nießbrauchsgrundstück gleichgültig sein müsse, wenn ihm nur die Ausübung des Inhaltes einer solchen als persönliche Befugniß gewährleistet wird. Denn es könnten sich hier doch leicht manche unbequeme Verwickelungen einstellen, insbesondere wenn er den Nießbrauch verkauft, verpfändet oder sonst wie einem Anderen die Ausübung desselben überläßt. Setzen wir den, in den Quellen übrigens nicht erwähnten, umgekehrten Fall,

daß zu dem vermachten Grundstück der Zugang fehlt, so könnte L. von N. freilich immer nur die Gewährung des aditus verlangen; was aber den fraglichen Anspruch gegen den Erben anbetrifft, so liegt es auf der Hand, daß es einen wesentlichen Unterschied macht, ob für das vermachte Grundstück ein Wegerecht an dem Nießbrauchsgrundstück bestellt oder nur ein persönliches ius transeundi dem Legatar (L) eingeräumt wird. Im Uebrigen spitzt sich die Frage, ob der Erbe oder der Legatar belastet sei, den Zugang zu dem Grundstück zu beschaffen, praktisch dahin zu, daß ersterenfalls der Erbe dem Legatar ein Aequivalent zu leisten hätte.

Fassen wir nun die Aussprüche der Quellen ins Auge. Mit aller Bestimmtheit erklärt sich Ulpian in l. 44 § 9 D. de legat. I.:[63])

> Si duos fundos habens testator alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit, sed heres cogitur redimere aditum et praestare.

Also der Vermächtnißnehmer (L) braucht nicht einen Zugang durch sein Grundstück dem Nießbrauchslegatar (N) unentgeltlich zu gewähren, vielmehr hat der belastete Erbe denselben letzterem zu verschaffen, indem er ihn vom ersteren erkauft. Soviel ist ganz klar und sicher, daß einzig der Erbe dem Usufructuar verpflichtet ist, und selbst wenn wir ein Vindicationslegat sowohl hinsichtlich des Nieß-

63) Wesentlich übereinstimmend sagt derselbe Jurist in l. 1 §. 2 D. si ususfr. 7, 6: si ususfructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum, ex testamento utique agendo fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi praestetur usufructus. Vorausgesetzt ist ein Damnationslegat und auch hier hat der Jurist wohl daran gedacht, daß der Zugang zu dem Nießbrauchsgrundstück durch das einem Anderen vermachte Grundstück führt.

brauches wie des anderen Grundstückes annehmen, würde die act. ex testamento gegen den Erben platzgreifen müssen. Bedenklich erscheint nur die Entscheidung, daß der Erbe den Legatar (L) für die Einräumung des Durchganges zu entschädigen habe. Denn würde nicht die Consequenz dasselbe erfordern, wenn es sich nicht um einen Nießbrauch handelte, sondern das zweite Grundstück selbst wieder einem Anderen vermacht wäre oder dem Erben verbliebe, während wir doch früher gesehen haben, daß jener Legatar verpflichtet ist, für das andere Grundstück ein Wegeservitut an seinem zu bestellen? Wenn nun auch Ulpian dieser Ansicht nicht gewesen sein sollte, so würden wir doch zu dem gewiß seltsamen Ergebniß gelangen, daß während der Dauer des Nießbrauches der Legatar (L) ein Aequivalent für die Gestattung des Durchganges vom Erben verlangen kann, nach Beendigung desselben aber der Erbe berechtigt wäre, die unentgeltliche Bestellung einer Servitut für das betreffende Grundstück vom Legatar zu fordern.

Dieses Dilemma vermeidet Marcellus in l. 15 §. 1 D. de usufr. leg. 33, 2:[64])

Qui duos fundos habebat unum legavit et alterius fundi usumfructum alii legavit: quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat quam per illum fundum qui legatus est, an fructuario servitus debeatur. Respondit, quemadmodum, si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestari via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede, ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi usufructuario praestet, ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit, sive donec

64) Vgl. auch l. 10 D. de S. P. U. 8, 2.

ususfructus permanet sive dum ad suam proprietatem redierit.

Es wird hier von einem Vindicationslegat gehandelt, während Ulpian in der vorigen Stelle wohl ein Damnationslegat vor Augen hatte. Der Legatar dringt mit der Vindication des Grundstückes nur durch, wenn er zuvor dem Nießbraucher das ius transeundi einräumt. Jedenfalls ist damit — im entschiedenen Gegensatz zu Ulpian — ausgesprochen, daß der Erbe ihm dasselbe nicht abzukaufen brauche.[65]) Wenn auch hier bloß von dem persönlichen Durchgangsrecht die Rede ist, so erklärt sich dies ganz leicht daraus, daß der Jurist nur die Frage in Betreff des Anspruches des Usufructuars, dem ja keine Servitut bestellt werden kann, zu entscheiden hatte. Aus dem Schlußsatze der Stelle darf man keineswege entnehmen, daß auch nach Beendigung des Nießbrauches der Erbe nur auf ein solches ius transeundi Anspruch habe, falls der Zugang zu dem bisherigen Nießbrauchsgrundstück allein durch das vermachte stattfinden kann. Es soll in demselben einzig ausgedrückt sein, daß das gleiche Verhältniß zwischen den beiden Grundstücken, wie es faktisch bei Lebzeiten des Erblassers bestand, auch in der Folge erhalten bleiben solle, sowohl während Dauer des Nießbrauches, als auch nach seiner Consolidation mit der Proprietät.[66]) Da wir nun aber wissen, daß der

65) Den Widerspruch zwischen beiden Stellen bemerkt auch Noodt de usufructu l. I. cap. 8. (Opp. omnia Col. Agripp. 1763. tom. I. p. 358), sucht ihn aber durch die unmögliche Deutung von redimere = accipere s. procurare zu beseitigen.

66) Die Partikel dum im Schlußsatze unserer Stelle ist allerdings auffallend und man möchte sich versucht fühlen, dafür cum zu emendiren. Gleichviel, der Sinn desselben ist vollkommen klar. Die Conjectur Mommsens in seiner Digestenausgabe, welcher mit Streichung des übrigen lesen

Legatar des einen Grundstückes verpflichtet ist, für das andere, mag es dem Erben verbleiben, oder einem Dritten vermacht sein, unter den obwaltenden Verhältnissen ein Wegerecht als Grunddienstbarkeit zu gewähren: so wird auch hier wo das fragliche Grundstück zum Nießbrauch überlassen ist, der Erbe schon jetzt mittelst exc. doli den das ihm vermachte Grundstück in Anspruch nehmenden Legatar nöthigen können, eine ordentliche Servitut für das andere zu bestellen. Es wird dies schon deshalb angenommen werden müssen, weil sonst nach Beendigung des Nießbrauches der Erbe (oder derjenige, welchem die Proprietät vermacht war) kaum ein sicheres Rechtsmittel haben würde, durch welches er sich den Zugang zu dem Grundstücke verschaffen könnte. Und wie, wenn er das Grundstück, oder der Legatar das seinige mittlerweile veräußert hätte?

Ist nun hier der Legatar zur Bestellung einer Servitut für das Nießbrauchsgrundstück verpflichtet, so wird er im umgekehrten Falle, wenn zu dem ihm vermachten Grundstück der Weg einzig durch das erstere führt, die unentgeltliche Einräumung einer Servitut an demselben ebenfalls verlangen können. Für das klassische Recht würde sich allerdings eine Schwierigkeit dann ergeben, wenn der Erblasser den Nießbrauch des ersten Grundstückes dem Einen, die Proprietät desselben einem Anderen in Gestalt des Vindicationslegates

will: „obtinuerit, donec ususfructus ad suam proprietatem redierit“ ist nicht allein etwas gewaltsam, sondern führt auch zu einer schwerlich im Sinne des Marcellus liegenden Entscheidung. Nur so lange der Nießbrauch besteht, soll das bei Lebzeiten des Erblassers obwaltende Verhältniß zwischen beiden Grundstücken erhalten bleiben; ist er mit der Proprietät vereinigt, so mag der Erbe sich wissen, wie er in das Grundstück hineingelange! Besser würde es dann schon sein, den ganzen Schlußpassus als Glossem zu streichen, wofür allerdings manches spricht.

hinterlassen hatte, während das zweite Grundstück, zu welchem der Zugang allein durch das erstere stattfindet, entweder dem Erben verblieben oder selbst wieder einem Dritten vermacht war. [67]) Nur mittelst exc. doli gegen die Klage des Vermächtnißnehmers kann der Erbe diesen überhaupt zur Einräumung des Zutrittes nöthigen. Vom Nießbrauchslegatar könnte er aber nur den aditus (ius transeundi) erlangen, und der Proprietar befindet sich einstweilen gar nicht in der Lage oder hat keine Veranlassung, das Vermächtniß gegen den Erben durch Vindication des Grundstückes geltend zu machen. Man wird daher hier die unmittelbare Begründung eines Wegerechts schon durch die Vermächtnißverfügung annehmen müssen.

§. 1526. b.

Unmöglichkeit der Leistung. Unverschuldete Unmöglichkeit im Allgemeinen.

„Ipsum praestandum quod relictum est; cum vero ipsum praestari non potest, aestimationem esse praestandam“ sagt Ulpian in l. 11 §. 17 D. de legat. III. Wenn man diesen Ausspruch aus dem Zusammenhange reißt, könnte man in ihm die Regel aufgestellt finden, daß überall, wo der vermachte Gegenstand selbst nicht geleistet werden kann, der Vermächtnißnehmer auf den Geldwerth desselben Anspruch habe. Das wäre aber handgreiflich unrichtig. Vielmehr gilt bei Vermächtnissen, wie auch sonst, umgekehrt der Grundsatz, daß wenn der Gegenstand nicht

67) Nicht auch in dem Falle, wenn die Proprietät des ersteren dem Erben verblieben war; die bekannte l. 15 §. 7 D. de usufr. 7, 1. würde hier keine Anwendung finden können.

geleistet werden kann und die Unmöglichkeit auch nicht dem Beschwerten zur Last fällt, das Vermächtniß unwirksam ist.

Dieser Grundsatz findet zunächst Anerkennung, wenn von Anfang an die Leistung unmöglich war oder vor dem Zeitpunkt der Entstehung der Vermächtnißobligation unmöglich wird. So hat der Vermächtnißnehmer insbesondere keinen Anspruch, wenn die vermachte Sache noch vor dem Tode des Erblassers untergeht oder in dem Nachlaß sich nicht vorfindet.[1]) Allerdings giebt es auch Ausnahmen, welche theils durch die besondere Natur des Vermächtnißgegenstandes herbeigeführt werden, theils auf den muthmaßlichen Willen des Vermächtnißgebers sich gründen. Diese Fälle, in denen die obige Regel platzgreift, so daß statt des ursprünglichen Vermächtnißgegenstandes der Werth desselben dem Legatar zu leisten ist, sind bereits früher in dem Commentar erörtert worden[2]) und wir werden auf sie noch gelegentlich zurückkommen.

Der allgemeine Grundsatz gilt ferner, wenn nach der Entstehung der Vermächtnißobligation die Unmöglichkeit der Leistung eintritt, vorausgesetzt daß dieselbe nicht durch den

1) Vgl. namentlich l. 6 pr. D. de auro leg.: quaero, an heres ex causa fideicommissi aestimationem rei, quae in hereditate non est, praestare debeat. Marcellus respondit non debere.

2) Th. 46. §. 1518. a. So ist die aestimatio zu leisten bei mangelndem subjektivem commercium hinsichtlich des vermachten Gegenstandes; beim Vermächtniß einer tessera frumentaria und tribus, worüber noch besonders zu vergleichen Pernice Parerga II. S. 100 ff. Marquardt röm. Staatsverwaltung II. S. 126. 106 fg. 132 fg.; beim Vermächtniß der vom Grundstück untrennbaren inquilini l. 112 pr. D. de legat. I., von Bestandtheilen eines Gebäudes l. 41 §. 4 eod. vgl. l. 21 §. 2 D. de legat. III.

Beschwerten verschuldet ist. Es kommen hier folgende Fälle in Betracht:

I. Dadurch daß die vermachte Sache zufällig zu Grunde geht oder als Rechtsobjekt zu existiren aufhört, wird die Verpflichtung des mit dem Vermächtniß Belasteten aufgehoben. Da in dieser Hinsicht bei der Vermächtnißobligation nichts Besonderes gilt, so wird es genügen, die einzelnen Anwendungsfälle der Regel in den Quellen zusammenzustellen.

A. So verliert der Bedachte seinen Anspruch aus dem Vermächtniß durch den natürlichen Untergang des Gegenstandes. [3]) Ebenso wenn derselbe aus dem Verkehr tritt oder der vermachte Sklave die Freiheit erlangt. [4]) Und zwar wird die Verbindlichkeit des Onerirten vollständig aufgehoben, so daß nicht etwa der Werth des Gegenstandes beansprucht werden kann. [5]) Dies gilt, wie noch ausdrücklich in den Quellen hervorgehoben wird, auch dann, wenn eine fremde Sache vermacht worden ist. [6]) Hier würde also der Untergang der Sache oder die Freiwerdung des Sklaven dem Onerirten zum Vortheil gereichen, indem hiedurch die Kosten der Anschaffung der Sache ihm erspart sind bezw. bei Unverkäuflichkeit derselben die Leistung ihres Geld=

3) §. 16 J. de legat. 2, 20. Paul. sent. III. 6 §. 9. (legatarii damnum est.) l. 26 §. 1 D. de legat. I. (deterior fit legatarii condicio.) l. 36 §. 3 eod. l. 47 §. 6. l. 53 §. 8 eod. l. 22 §. 2 D. de legat. III.

4) §. 16 J. cit. l. 35 D. de legat. I. l. 92 pr. D. de solut. 46, 3.

5) l. 53 §. 8 cit. (cessabit aestimatio). l. 47 §. 6 cit.: Si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi.

6) S. die Stellen in Anm. 4. l. 22 §. 2 D. de legat. III.: Mortis damnum per fideicommissum servi relicti fideicommissarius solus patitur, licet alienus relinquatur.

werthes nun wegfällt.[7]) So heißt es in l. 114 §. 19 D. de legat. I.: Interdum etiam cum lucro heredis moritur servus legatus vel per fideicommissum relictus, veluti si sit alienus. Dies würde selbst dann anzunehmen sein, wenn, nachdem der Eigenthümer der vermachten res aliena den Verkauf abgelehnt hatte, also die Verpflichtung des Belasteten den Werth zu leisten schon festgestellt war, die Sache untergeht oder der Sklave freigelassen wird.[8])

B. Von Unmöglichkeit der Leistung wegen Unterganges der Sache kann bei generischen Obligationen nicht die Rede sein. Mithin bleibt auch, wenn das Vermächtniß auf eine nur der Gattung nach bestimmte Sache gerichtet ist, der Belastete verpflichtet, selbst wenn die in dem Nachlaß befindlichen Gegenstände dieser Gattung alle zu Grunde gehen. Dies gilt insbesondere auch von dem Vermächtniß einer Quantität vertretbarer Sachen und vor Allem vom Geldvermächtniß. Anders, wenn die concrete in einem gewissen Raume befindliche oder im Nachlaß vorhandene Quantität als solche den Gegenstand des Vermächtnisses bildet. Hier verliert der Vermächtnißgegenstand seine generische Natur und wird in allen Beziehungen als individuelle Sache behandelt.[9]) Demgemäß muß auch beim Untergang der einzelnen diese concrete Quantität bildenden Sachen die Verbindlich-

7) Ebenso in dem zweiten Falle der l. 71 §. 3 D. de legat. I.

8) Das befremdliche dieser Entscheidung verschwindet, wenn man sich an das oben S. 65. Anm. 8. Bemerkte erinnert.

9) Ulp. l. 30 §. 6 D. de legat. I.: si legetur pecunia quae in arca est, vel vinum quod in apotheca est, . . species legatur. l. 34 §. 4 eod. certum corpus nummorum, . . ut puta centum quae in arca habet. Vgl. Arndts in dem Comment. Th. 46. S. 203 fg., welcher aber auf die uns hier beschäftigende Frage nicht eingeht.

keit des Onerirten erlöschen, wie noch ausdrücklich in l. 30 §. 4 D. ad l. Falc. 35, 2 bestätigt wird:

Maecianus l. 8. fideicomm. Certis corporibus et his ipsis ita relictis: *„pecuniam quam in illa arca,“ „vinum quod in illis doliis,“ „pondus argenti quod in illis horreis habebo,“* si sine culpa heredis deperierunt, procul dubio nihil debebitur.

Gemeinhin wird nun diesem Falle prinziell der andere gleichgestellt,[10]) wenn eine bestimmte Geldsumme mit Beschränkung auf das in einem gewissen Behältniß, Raume oder auch im Nachlaß befindliche Geld vermacht wird. Auch hier, meint man, bilden die einzelnen Geldstücke als individuelle Sachen den Gegenstand des Vermächtnisses. Man beruft sich dafür auf l. 51 D. de legat. I.:

Papinianus l. IV. quaestionum. Sed si certos nummos (veluti quos in arca habet) . . legavit, non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum legato continentur neque permutationem recipiunt et exemplo cuiuslibet corporis aestimanda sunt.

Aber hier ist ja das Vermächtniß auch nur auf individuelle Geldstücke als solche gerichtet, so daß sie einzig als species rechtlich in Betracht kommen können. Gerade so müßte man entscheiden, wenn der Erblasser seine noch näher bezeichneten Siegesthaler, seine Kronen vom Jahre 1888 mit dem Bildniß der drei deutschen Kaiser u. s. w. jemand vermachte.[11]) Ganz anders verhält es sich aber in dem in Frage stehenden Falle, wo centum quae in arca habeo u. dgl. den Gegenstand des Vermächtnisses bilden. Die Auffassung, daß auch hier die einzelnen Münzindividuen ver-

10) So z. B. von Mommsen Beitr. z. Obligationsrecht I. S. 51.

11) Ebenso wenn vermacht wären die Thalerstücke, die Kronen, welche sich da oder dort befinden.

macht seien und geschuldet werden, so daß andere als die in dem Behältniß befindlichen Geldstücke dem Gläubiger ohne seinen Willen nicht geleistet werden und vom Schuldner nicht gefordert werden könnten, würde zu ganz wunderlichen Entscheidungen führen. Danach müßte z. B. der Anspruch des Legatars ganz wegfallen, wenn bei einem Vermächtniß von hundert Thalern aus dem Geldschrank sich nur andere Münzsorten dort vorfinden.[12]) Ferner wenn das Behältniß mehr als die bezeichnete Summe enthält, welches würden dann die geschuldeten Münzindividuen sein?

Gleichviel ob der Erblasser die in der Kassette befindlichen hundert Mark, oder den Baarbestand oder Kassenbestand im Betrage von hundert Mark, oder eine Summe von hundert Mark aus der Kassette oder von dem Baarbestand vermacht hat: allemal liegt ein Summenvermächtniß vor, bei welchem die Geldstücke nur als Repräsentanten ihres Werthes erscheinen. Aber das Vermächtniß ist hier beschränkt auf die durch die Geldstücke der Kasse oder des Nachlasses ausgedrückte Summe, nicht etwa auf die vorfindlichen Münzindividuen; oder, wie man auch sagen kann, es sind hundert vermacht unter der Voraussetzung, daß sich so viel baares Geld in der Kasse oder im Nachlaß befinden sollte.[13]) Daraus ergiebt sich, daß das Vermächtniß inhaltslos ist, wenn kein baares Geld an den bezeichneten

12) Wie wenn der Erblasser den in seiner Kassette befindlichen Hundertmarkschein vermacht hat, sich aber nur ein Fünfzigmarkschein da vorfindet? Im Zweifel wird der Vermächtnißnehmer wohl den letzteren beanspruchen können. Möglich wäre es aber auch, daß der Erblasser durch die Herausnahme und Ausgabe der ersteren das Legat zurückgenommen hat.

13) Vgl. l. 96 pr. in fi D. de legat. I. („condicionem fideicommisso iniecisse“).

Stellen bezw. im Nachlaß sich vorfindet,[14]) und daß ferner der Anspruch des Vermächtnißnehmers nicht auf mehr, als der wirklich vorhandene Baarbestand beträgt,[15]) selbstverständlich auch nicht über die im Vermächtniß bezeichnete Summe hinaus,[16]) gehen kann. Dies findet seine volle Bestätigung in der Entscheidung der l. 108 §. 10 D. de legat. I.:

Africanus l. V. quaestionum: Qui quinque in arca habebat ita legavit vel stipulanti promisit: *„decem quae in arca habeo."* Et legatum et stipulatio valebit, ita tamen, ut sola quinque vel ex stipulatione vel ex testamento debeantur. Ut vero quinque quae deerunt ex testamento peti possint, vix ratio patietur: nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non sit, legatum videtur.[17])

Es wird hier zunächst ausdrücklich betont, was überflüssig erscheinen möchte, daß das Vermächtniß und die Stipulation der in der Kasse befindlichen 10 überhaupt gültig sei, wenn dieselbe auch nur 5 enthält, um die allerdings sehr ferne liegende rabulistische Auslegung abzuweisen, es wäre das Vermächtniß oder die Stipulation nur für den Fall, daß sich gerade 10 und nicht weniger in der Kasse befänden (also decem quae = si ea in arca habeo),

14) Ulp. l. 1 §. 7 D. de dote prael. 33, 4: si quis ita legaverit „centum quae in arca habeo", si nulla sint, nihil deberi constat.

15) Abgesehen von dem Fall, wenn der Erblasser nur den Fonds zur Deckung des Vermächnisses hat bezeichnen wollen, vgl. den Comment. Th. 46. S. 210 fg.

16) Wenn etwa das Vermächtniß auf die im Schreibtisch befindlichen Hundert oder den Baarbestand von Hundert lautete und nun 110 gefunden würden.

17) Der Schlußsatz der Stelle ist S. 121 abgedruckt.

errichtet worden.[18]) Jedoch immer nur die in der Kasse enthaltene Summe von fünf soll aus dem Vermächtniß oder der Stipulation geschuldet werden. Ein Anspruch aus dem Testament auf Zahlung der übrigen fünf sei unbegründbar, denn der Erblasser habe höchstens nur den Inhalt seiner arca vermachen wollen, und was die fehlenden fünf anbelangt, so sei ein nichtexistirender Gegenstand vermacht worden; das Vermächtniß also über die in der Kasse befindliche Summe hinaus müsse als gegenstandslos angesehen werden.[19])

Viel Schwierigkeit hat man sich mit der scheinbar widersprechenden l. 120 D. de V. O. 45, 1 gemacht. Hier sagt Papinian:

Si ita stipulatus fuero: „*hanc summam centum aureorum dari spondes?*" etsi maxime ita exaudiatur ille sermo: „si modo centum aureorum est," non facit condicionem haec adiectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est; nec placuit instar habere condicionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant.

18) Paul. l. 8 §. 2 D. de legat. II. Si quis legaverit „ex illo dolio amphoras decem", et si non decem sed pauciores inveniri possint, non exstinguitur legatum, sed hoc tantummodo accipit quod invenitur.

19) Es ist wohl zu beachten, daß Africanus bloß von dem Vermächtniß redet. Bei der Stipulation kann die Frage, ob auch die fehlenden fünf gefordert werden könnten, gar nicht aufgeworfen werden. Dies würde schon die strikte Auslegung der Stipulation, welche sich darauf gründet, daß der Promittent sich so wenig als möglich habe verpflichten wollen, verbieten. l. 26 D. de reb. dub. 34, 5. Dagegen hätte man bei einem Vermächtniß im Interesse des Legatars immer noch den Zusatz „quae in arca sunt" als eine unwesentliche demonstratio auffassen können.

Die Glosse versteht die Stelle so, daß die Stipulation einzig dann gültig sein soll, wenn gerade 100 Goldstücke, nicht mehr und nicht weniger, in dem bezeichneten Haufen enthalten seien, und will den angeblichen Widerspruch mit der l. 108 §. 10 durch die Annahme beseitigen, daß bei der vorliegenden Stipulation „id actum fuit, ut alias non valeat.“ Auch Cujacius[20]) geht von derselben Supposition aus und sucht die abweichende Entscheidung Papinians aus der Verschiedenheit der gebrauchten Stipulationsformeln zu erklären. Die Stipulation in der l. 120 bezeichne eine bestimmte Zahl (numerus), bei deren Nichtvorhandensein — denn 150 oder 50 oder sonst wieviel, die sich in dem Haufen fänden, wären doch nicht 100 — auch der Gegenstand der Stipulation nicht existire. Dagegen die Stipulation: decem quae in arca sunt bezeichne nur den „locus, quem satis est esse,“ ohne daß es darauf ankommen könne, ob die dort befindliche Summe mit der stipulirten übereinstimme. Gegen diese gekünstelte Interpretation wird von Jan. a Costa[21]) eingewendet, daß doch auch der Gegenstand der Stipulation: „hanc summam centum aureorum“ der daliegende Haufen von Münzen und nicht die bloße Summe sei. Und mit Recht. Denn offenbar ist es ganz gleich, ob die Stipulation auf die daliegende Summe von 100, oder die in arca befindlichen 100 gerichtet ist; wäre die erste Stipulation nichtig, so müßte es auch die zweite sein, wenn der Inhalt der arca mit der bezeichneten Summe nicht übereinstimmt. Costa selbst, wie auch Andere[22]) suchen die beiden Stellen in der Weise

20) In den Recitt. in l. 37 quaest. Papin. ad h. l.

21) Praelectiones ad illustr. tit. etc., mir nur aus Retes (s. Anm. 22) bekannt.

22) Am klarsten Donellus ad h. l. in comm. ad tit. D. de V. O. Vgl. ferner Charondas scholia ad tit. D. de

zu vereinigen, daß die Entscheidung Papinians bloß dann platzgreife, wenn die Absicht der Parteien darauf gegangen sei, daß nur beim Vorhandensein von gerade 100 aurei der Schuldner verpflichtet sein solle. Wäre in der That die Stipulation so zu verstehen, als ob sie die Clausel enthielte „si modo centum aureorum est,“ so würde durch sie allerdings von Anfang an (da hier eine condicio in praesens collata, mithin keine wahre Bedingung vorliegt) keine Obligation begründet sein und der Promissor würde gar nichts schulden, wenn mehr oder weniger als 100 aurei vorhanden sind. Aber jene Clausel sei eben im Sinne Papinians selber regelmäßig nicht als von den Parteien gewollt anzunehmen.

Diese Auslegung der Stelle kommt der Wahrheit am nächsten, aber auch sie scheint den Gedankengang Papinians nicht ganz zu treffen. Papinian hat kaum daran gedacht, daß die Stipulation überhaupt inhaltslos sein sollte, wenn die in dem Geldhaufen, dem verschlossenen Beutel, dem Geldkasten, auf den die Parteien hinweisen, enthaltene Summe mit der genannten nicht übereinstimmt, also größer oder geringer ist.[23])

Vielmehr handelt es sich immer nur um die Frage,

V. O. ad h. l. (Ottonis thesaur. I. p. 836). Retes Praelect. ad tit. de V. O. II. 1 §. 3 (Meermanni Thesaur. VII. p. 428). Pacius, enantioph. cent. VII. n. 32; wohl auch Duarenus ad tit. de V. O. und, wie es scheint, Giphanius ad l. 120 de V. O. (lecturae Altorph. p. 957), der aber fast unverständlich ist.

23) Dies würde freilich die Absicht der Parteien gewesen sein, wenn es sich um eine Wette oder ein Ausrathen der Summe gehandelt hätte. Ein solcher Fall liegt jedoch dem Juristen sicher ganz ferne; auch hätte dann die Stipulation anders gefaßt sein müssen.

ob die Stipulation auf den ganzen genannten Betrag gültig sei und hundert geschuldet werden, wenn die fragliche Summe eine kleinere ist, als angenommen wurde; und andererseits, ob die vorliegende Summe ganz geschuldet werde, auch wenn sie mehr beträgt, als hundert. An sich nämlich läßt die Stipulation: hanc summam centum aureorum etc. verschiedene Auslegungen zu. 1) Die Parteien wollten, daß 100 schlechthin geschuldet sein sollten, so daß die irrige Voraussetzung, der betreffende Geldhaufen enthalte 100, für ihre Willenserklärung nicht bestimmend ist. Diese Absicht wird aber regelmäßig nicht angenommen werden können; denn es liegt nahe, daß dann die Stipulation einfach auf centum aurei gestellt wäre. 2) Die Stipulation war gerichtet auf den vorliegenden Geldhaufen, der jedenfalls geleistet werden sollte. Auch diese Annahme, bei welcher umgekehrt der Zusatz „centum aureorum" als gleichgültiger Zusatz aufzufassen wäre, wird regelmäßig abgewiesen werden müssen. Wenn nun diese beiden Willensauslegungen nicht durch die besonderen Umstände gerechtfertigt werden, so bleibt 3) nur übrig die Auffassung, welche die ausgedrückte Voraussetzung der Parteien, daß der betreffende Geldhaufen die Summe von 100 beträgt, als eine wesentliche behandelt. Und dies ist auch die Meinung Papinians, nach welchem die Stipulation so verstanden werden muß, als wenn die Parteien noch hinzugesetzt hätten, „si modo centum aureorum est." [24]) Es ist also stipulirt

24) Die Wendung „etsi maxime" wird genommen werden müssen = „wenn auch zu meist, wenn auch jedenfalls", aber nicht = „mag auch immerhin oder mag allenfalls, — obwohl dies nicht richtig wäre." Ich möchte folgendermaßen übersetzen: „Wenn ich stipulirt habe hanc summam etc., so würde, wenn man auch die Stipulation im Sinne der Parteien so verstehen muß, daß in Gedanken ergänzt

der bereit liegende Geldhaufen, falls in demselben 100 und nicht mehr enthalten sind; und wieder es sind stipulirt 100, falls der Geldhaufen 100 und nicht weniger enthält. In dem einen wie in dem anderen Falle ist stipulatio nulla, si centum non sint: d. h. es können bloß 100 gefordert werden, nicht der 100 übersteigende Betrag der Geldsumme; bezw. es wird nur die bereit liegende Summe, nicht der Betrag von 100 aus der Stipulation geschuldet. Eine eigentliche Bedingung aber, die erst nach erfolgter Durchzählung des Geldhaufens sich entschiede, liegt hier nicht vor.[25])

Doch kehren wir zurück zu dem Vermächtniß einer in einem bestimmten Raume befindlichen Geldsumme. Aus der Auffassung desselben als eines Summenvermächtnisses ergiebt sich von selbst, daß es nur darauf ankommen kann, ob zur Zeit des Erbfalles[26]) die fragliche Summe sich in dem genannten Raume oder Behältniß befindet, so daß ein späterer, wenn auch unverschuldeter Verlust der betreffenden Geldstücke einzig den Erben trifft.[27])

wird si modo etc., doch dieser Zusatz nicht als Bedingung aufgefaßt werden können."

25) Unrichtig wird von Windscheid Voraussetzung S. 44 „die Möglichkeit einer eigentlichen Bedingung" angenommen. — Beiläufig wenn nach erfolgter Zusammenrechnung verschiedener Schuldposten stipulirt wird: summam suprascriptam centum aureorum dari, würde bei einem Additionsfehler immer die condictio auf 100 angestellt werden können, ihr stünde aber eine exc. doli entgegen.

26) Nicht etwa: zur Zeit des Erschaftsantrittes; und noch weniger: zur Zeit des Anfalles des Vermächtnisses, was bei einem bedingten Vermächtniß von Wichtigkeit ist.

27) Ist in dem Vermächtniß nicht die Höhe der Geldsumme benannt, sondern nur pecunia quae in arca est, das baare Geld u. dgl. schlechthin vermacht, so verhält sich dies natürlich anders, vgl. l. 30 §. 4 D. ad l. Falc. 35, 2. (S. 113). Denn es ließe sich wohl kaum jemals annehmen, daß hier nur

Und so schließt denn Africanus seine Deduktion in der l. 108 §. 10 cit.:

Quod si mortis tempore plena summa fuerat et postea aliquod ex ea deperierit, sine dubio soli heredi deperit.

Daß der Jurist hier nicht etwa seine bloß subjektive Meinung, sondern einen unzweifelhaften und unbestreitbaren Rechtssatz ausspricht, ergiebt sich schon aus der Entschiedenheit seiner Erklärung. Nichtsdestoweniger hat man einen Widerspruch mit l. 37 D. de V. O. 45, 1.[28]) herausfinden und beide Stellen bald durch die ganz willkürliche Supposition, daß Africanus eine culpa oder mora des Erben voraussetze,[29]) bald durch die völlig vage Annahme einer aus den Umständen sich ergebenden abweichenden Willensmeinung des Erblassers[30]) zu vereinigen versucht. Indessen wie in l. 108 §. 10 eine Regel für das Vermächtniß ausgesprochen wird, so stellt Paulus in l. 37 cit. eine Regel für die Stipulation auf; und daraus ergiebt sich die abweichende Entscheidung von selbst. Bei einer Stipulation von centum in arca können die Contrahenten wohl kaum

eine abstrakte Geldsumme, deren Höhe durch jene Bezugnahme bestimmt wäre, (also in dem Sinne von einer Summe von gleicher Höhe, wie der Bestand in meiner Kassette u. dgl.) den Gegenstand des Vermächtnisses bilden sollte. Dem widerspricht nicht l. 7 §. 1 D. de C. E. 18, 1, da nicht individuelle Geldstücke die Gegenleistung des Käufers bilden.

28) Paulus l. 12 ad Sab. Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur.

29) Wie die Glosse zur l. 37 cit. und Cujacius tractat. V. ad African. in l. 108 §. 10 cit. annehmen.

30) So Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht I. S. 31. Anm. 19.

etwas anderes im Sinne haben, als daß die Verbindlichkeit auf die in dem bezeichneten Behältniß befindlichen Geldstücke beschränkt sein soll, so daß hier certi nummi geschuldet werden sollten;[31]) denn der bezügliche Zusatz (in arca u. dgl.) würde sonst alle Bedeutung verlieren. Dagegen bei einem Vermächtniß gleicher Art hatte der Erblasser die Absicht, dem Legatar die genannte Summe zuzuwenden, nur sollte der Erbe nicht über die beim Tode des Erblassers in dem betreffenden Raume befindliche Summe hinaus belastet sein. Mit dem Tode des Erblassers ist aber die den Gegenstand des Vermächtnisses bildende Summe einmal festgestellt und fortan kann es sich nicht anders verhalten, wie wenn eine Geldsumme von gleicher Höhe dem Legatar schlechthin vermacht wäre.

II. Die Vermächtnißforderung wird ferner aufgehoben, wenn der Bedachte die ihm vermachte individuelle Sache aus einem andern Rechtsgrunde unentgeltlich erwirbt. Ueber diesen concursus causarum lucrativarum ist hier, nachdem ihm bereits Arndts[32]) eine so gründliche und ausführliche Erörterung hat zu Theil werden lassen, nicht weiter zu handeln. Nur auf die dem concursus caus. lucr. zu Grunde liegenden Prinzipien muß hier noch zurückgekommen werden.

Der Untergang der Obligation im Falle des Zusammentreffens zweier lucrativer Erwerbsgründe wird von

31) Damit soll nicht geläugnet werden, daß auch hier aus den begleitenden Umständen auf eine andere Absicht geschlossen werden kann, so daß jene strikte Interpretation der Stipulatio nicht platzgreift. Denn wie z. B., wenn jemand schenkungshalber alles Geld in seiner Börse jemand zu einem bestimmten Tage versprochen hat und zur Constatirung der Summe das Geld gleich durchgezählt wird?

32) S. den Comment. Th. 46. S. 250 fg.

Mommsen[33]) mit großem Nachdruck auf die allgemeine Regel zurückgeführt, daß die Obligation wegen Unmöglichkeit der Leistung erlöschen muß, wenn der Gläubiger den individuell bestimmten Gegenstand der Forderung auf andere Weise erwirbt. Diese Auffassung hat auch bei Windscheid[34]) und Dernburg[35]) lebhafte Zustimmung gefunden und ist ebenso, theilweise wenigstens, von Arndts anerkannt worden.[36])

Wir müssen ihr jedoch entschiedenen Widerspruch entgegensetzen. Mag man auch immerhin von dem in den Quellen in verschiedenen Wendungen wiederkehrenden Satze ausgehen, daß eine Unmöglichkeit der Leistung stattfindet, wenn der Gläubiger den zu leistenden Gegenstand bereits in seinem Vermögen hat, also insbesondere Eigenthümer der Sache ist, auf deren Uebertragung die Obligation gerichtet ist,[37]) so folgt daraus doch noch nicht der Untergang der Obligation wegen Unmöglichkeit der Leistung im Falle des Erwerbes dieses Gegenstandes durch den Gläubiger. Es scheint, wir haben es bei jener Auffassung mit einem zwei-

33) Beiträge z. Obl. R. I. S. 255 fg. vgl. III. S. 413.
34) Pandekten II. 3. Aufl. §. 361.
35) Pandekten II. §. 68.
36) Anders Hartmann, die Obligation. Erlang. 1875. S. 1 ff. Gegen diesen hat sich wieder Windscheid in der 5. Aufl. seiner Pandekten §. 343. a. erklärt, indem er sich Arndts anschließt. Seine Meinung wird weitläufig vertheidigt von K. Schmidt in Iherings Jahrbüchern B. 20. S. 410 fg. Gegen Mommsen, aber auch Hartmann hat sich Brinz Pandekten 2. Aufl. II. S. 461 fg. ausgesprochen.
37) „Quod alicuius est id ei dari non potest“: Gaius III. §. 99. IV. §. 4. (§. 14 J. de act. 4, 6.) §. 10 J. de legat. 2, 20; „bis eadem res praestari non potest“: l. 108 §. 4. l. 34 §. 3 D. de legat. I.

fachen Fehlschluß zu thun. Denn selbst wenn der Erwerb der Sache eine unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hätte, so würde dadurch die Obligation nicht aufgehoben, der Schuldner noch nicht überhaupt befreit werden: da ja nichts entgegensteht, daß an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes eine andere, nämlich eine Ersatzleistung träte, möge nun diese im Uebrigen den Werth der Sache, oder die für den Gläubiger mit dem Erwerbe derselben verbundene Aufopferung oder was sonst umfassen. Und dies wäre von vornherein um so eher anzunehmen, als ja jene Unmöglichkeit der Leistung keine absolute, sondern nur eine relative oder subjektive sein würde.[38])

Aber die fragliche Unmöglichkeit der Leistung kann überhaupt nicht anerkannt werden. Aus der Regel „quod alicuius est id ei dari non potest“ würden sich nämlich nur die beiden folgenden Sätze ergeben: 1) Die Obligation kommt wegen Unmöglichkeit der Leistung nicht zu Stande, wenn der zu leistende Gegenstand zur Zeit der Begründung des obligatorischen Verhältnisses sich bereits im Vermögen des Gläubigers befindet. 2) Wer im Augenblicke der Geltendmachung der Forderung (genauer noch, der Litiscontestatio) bereits Eigenthümer der betreffenden individuellen Sache ist, kann nicht die Leistung derselben (dare oportere) verlangen.[39])

38) Vgl. auch Brinz a. a. O. S. 461.

39) Einzig wenn man die zu den definitiones periculosae gehörende, bekanntlich von den Röm. Juristen keineswegs allgemein gebilligte Regel „quae recte constiterunt, resolvuntur, si in eam causam reciderunt, a qua non potuissent consistere“ — eine Regel, die noch dazu für unsern Fall von Marcellus in l. 98 pr. D. de V. O. 45, 1 ausdrücklich abgelehnt wird, vgl. l. 140 §. 2 eod. — in einseitiger Consequenz übertreibt, könnte man zu dem Satze gelangen, daß durch den Erwerb des geschuldeten Gegenstandes die Obligation aufgehoben werde.

Machen wir nun von diesen Sätzen eine Anwendung auf das Vermächtniß, so ergiebt sich folgendes:

A. Wenn der Vermächtnißnehmer vor dem Anfall des Vermächtnisses den vermachten Gegenstand, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde erwirbt und in jenem Zeitpunkt noch in seinem Vermögen hat, so könnte strenge genommen die Vermächtnißforderung gar nicht zur Entstehung kommen. Hier würde also die Regel vom concursus caus. lucrat. nur dem allgemeinen Prinzip entsprechen, oder noch richtiger, sie würde gar nicht am Platze sein. Vielmehr hielte man an dem allgemeinen Grundsatz fest für den Fall, daß der Erwerb ex causa lucrativa erfolgt war, während man gerade beim onerosen Erwerbe eine Ausnahme aufstellte.

§. 6 J. de legat. 2, 20. Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel alia simili causa, agere non potest: nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.

Jene — im älteren Recht sicher noch nicht anerkannte — Ausnahme im Falle des onerosen Erwerbes der Sache, erklärt sich aber wieder und erklärt sich einzig aus der Natur der Vermächtnißobligation, welche nicht etwa bloß auf Leistung gerade des bezeichneten Gegenstandes, sondern auf volle Realisirung der vom Erblasser in seiner Verfügung beabsichtigten unentgeltlichen Zuwendung gerichtet ist.[40]) Wenn eine solche Ausnahme beim lucrativen

40) Es verhält sich hier im Grunde genommen nicht anders, wie in bestimmten Fällen des Vermächtnisses einer schon zur Zeit der Errichtung desselben dem Legatar gehörigen

Erwerb nicht anerkannt war, wenn man es hier vielmehr bei der allgemeinen Regel bewenden ließ — abgesehen von dem Falle, wenn die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses dem besonderen Willen des Vermächtnißgebers entsprach [41]) — so ist allerdings der Grund hievon derselbe, aus welchem sich der Satz von der Befreiung des Schuldners durch concursus causar. lucr. rechtfertigt. [42])

B. Wird der Vermächtnißgegenstand nach Entstehung der Vermächtnißobligation erworben, so kann vorderhand eine Unmöglichkeit der Leistung infolge des Satzes „quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest“ an sich nicht in Frage kommen. Nach allgemeiner Regel würde es einzig darauf ankommen, ob die Sache im Zeitpunkt der Klageerhebung (Litiscontestatio) im Eigenthum des Vermächtnißnehmers steht. Darin ist zugleich enthalten, daß der Legatar jedenfalls auf Leistung der vermachten Sache klagen kann, wenn dieselbe nach dem Anfall des Vermächtnisses aus seinem Eigenthum tritt, mag dies ohne oder mit seinem Willen geschehen, ja mag er die Sache veräußern.

Aber auch das gegenwärtige Haben der geschuldeten Sache schließt überhaupt die Klage auf Erfüllung der Obligation nicht aus. Es möge nur daran erinnert werden, daß der Gläubiger noch immer auf Leistung der promittir-

Sache, vgl. namentlich l. 39 §. 2 D. de legat. I. und dazu Arndts in dem Comment. Th. 46. S. 230 fg.

41) nisi defunctus aestimationem quoque eius praestari voluit. l. 21 §. 1 D. de legat. III. (Paul.).

42) Wenn man dies beachtet, so schwindet in §. 6 J. cit. der täuschende Schein, als ob die Vernichtung des Vermächtnisses durch anderweitigen lucrativen Erwerb der Sache bei Lebzeiten des Erblassers eine Ausnahme sei, die erst durch den Satz vom concursus causar. lucrativ. begründet werde.

ten Sache klagen kann, wenn ihm zwar das Eigenthum, aber nicht bleibendes, unentziehbares, unbeschränktes oder nur formelles Eigenthum (nudum ius Quiritium) vom Schuldner verschafft ist.[43]) Selbstverständlich würde es sich ebenso verhalten, wenn der Schuldner aus einem anderen Rechtsgrunde ein solches widerrufliches Eigenthum erwirbt; so z. B. auch wenn ein Dritter die geschuldete Sache ihm fiduciarisch überträgt, oder wenn er die Sache dotis causa empfängt. In dem einen wie in dem anderen Falle kann der Gläubiger die Klage auf die versprochene Leistung sofort und nicht etwa erst nach Verlust seines Eigenthumsrechtes anstellen,[44]) wogegen schon die praktische Erwägung sprechen würde, daß der Schuldner ja inzwischen insolvent werden könnte und der Gläubiger dann das Nachsehen hätte.

Doch lassen wir diese Fälle, in denen der Gläubiger das, worauf die Obligation gerichtet war, nicht vollständig

43) Vgl. l. 20. l. 38 §. 3. l. 72 §. 5. l. 98 pr. D. de solut. 46, 3. l. 83 §. 6 D. de V. O. 45, 1. l. 63 D. de cond. ind. 12, 6. Ferner noch l. 27 D. de solut. 46, 3. l. 131 §. 1 D. de V. O. 45, 1.

44) Dafür kann man sich freilich nicht auf l. 82 pr. D. de legat. I. (Th. 46. S. 262 des Comment.) berufen, obwohl der Satz: nempe agam ex testamento, quia is status est eius, ut existente condicione discessurum sit a me dominium scheinbar dafür spricht. Damit soll, wie aus dem Schlusse der Stelle — „existente condicione ex stipulatu agere potero" — hervorgeht, nichts anderes ausgedrückt sein, als daß die Klage überhaupt trotz des Erwerbes der Sache bestehen bleibt. Wenn aber nach dieser Stelle die Klage erst zulässig ist, nachdem der Gläubiger (durch Eintritt der Bedingung) das Eigenthum verloren hat, so hat dies seinen einfachen Grund darin, daß in dem in Frage stehenden Falle, es sich um die Concurrenz zweier lucrativer causae handelt.

erhalten hat, bei Seite liegen. Auch dann, wenn der Gläubiger das Eigenthum der geschuldeten Sache auf vollständige und unentziehbare Weise aus einem anderen, gleichviel ob onerosen oder lucrativen, Erwerbsgrunde erlangt hat, erlischt nicht die ursprüngliche Obligation wegen Unmöglichkeit der Leistung; vielmehr kann der Gläubiger nach wie vor den ursprünglich geschuldeten Gegenstand einfordern, auch wenn derselbe sich noch in seinem Vermögen befindet. Es wäre doch auch wunderlich gewesen, den Gläubiger auf den Umweg einer vorgängigen Veräußerung der Sache zu verweisen, wenn er auf Leistung des geschuldeten Gegenstandes Klage erheben wolle.[45])

45) Ueber die formellen Bedenken einer condictio certi seitens des Gläubigers, der schon Eigenthümer der geforderten Sache ist, haben sich die Römer im Hinblick auf das officium iudicis, wie es scheint, leichter hinweggesetzt, als die Neueren es thun. Vgl. Arndts Th. 46. S. 253—256. 313—315. K. Schmidt a. a. O. S. 437. Pernice Labeo II. S. 141. Genau besehen, sind hier die Schwierigkeiten weit geringer, als man vermeint. Der Kläger verlangt ja formell gar nicht ein rem dari, sondern sein Petitum ist gerichtet auf tanta pecunia quanti ea res est, falls eine Verpflichtung zum rem dari begründet ist. Und ein fortdauerndes dari oportere aus dem ursprünglichen Schuldgrunde trotz des stattgefundenen Eigenthumserwerbes des Gläubigers anzunehmen, konnte doch nicht mehr Schwiekeiten machen, als etwa in dem Falle, wenn die Sache infolge Verschuldens des Schuldners überhaupt nicht mehr existirte (perpetuatio obligationis). Auf Gaius IV. §. 4. l. 1 §. 1 D. de cond. trit. 13, 2. l. 12 D. usufr. quemad. 7, 9 sollte man sich freilich weder gegen unsere Klage noch zur Rechtfertigung derselben berufen, denn da handelt es sich um den Gegensatz von dinglicher und persönlicher Klage. Es würde nichts schieferes geben, als die Parallele zwischen der dem bestohlenen Eigenthümer und

Dies gilt in vollem Umfange allerdings nur in dem Falle, der uns vorläufig allein interessirt, nämlich wenn der Gegenstand aus einer einseitigen Obligation (Stipulation oder Vermächtniß) geschuldet wird. Und weiter kommt es, was den materiellen Anspruch des Gläubigers anbetrifft, darauf an, ob ex onerosa oder ex lucrativa causa zu leisten ist bezw. der Erwerb stattgefunden hat. Hier ergeben sich nun vier Kombinationen.

a. Die ex onerosa causa geschuldete Sache wird gleichfalls ex onerosa causa erworben. Da hier die Befreiung des Schuldners mit einer Vermögensminderung für den Gläubiger verbunden sein würde, so ist eine solche auch von niemand behauptet worden. Aber auch für die Annahme, daß die Haftung des Schuldners sich auf den Ersatz der vom Gläubiger für den Erwerb der Sache gemachten Auslagen beschränkte bezw. — denn so müßte man doch consequent weiter behaupten — steigerte, läßt sich aus den Quellen kein Beweis erbringen, und ebenso wenig folgt sie aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Vielmehr kann hier der Gläubiger allemal den vollen Werth der Sache beanspruchen. Hätte er mithin die ihm aus der Stipulation geschuldete Sache im Werth von 100 vom Eigenthümer für 50 gekauft, so würde er mit der Klage aus der Stipulation 100 und nicht 50 erlangen; wäre umgekehrt die Sache 50 werth und für 100 erstanden, so würden auch nur 50 und nicht 100 vom Schuldner geleistet werden müssen.

der dem Gläubiger in unserem Falle zustehenden Klage auf dari oportere. Dort fehlt dem Kläger die Sache, hier hat er sie im Besitz. Dort ist die Voraussetzung der Klage gerade das Eigenthum und sie würde dem Bestohlenen nicht zustehen, wenn er die Sache veräußert; hier ist die Klage zuständig trotz des Eigenthumes des Klägers u. s. f.

b. Nicht anders verhält es sich, wenn in diesem Falle die Sache unentgeltlich erworben wird. Die Forderung geht also auch hier auf den Werth der geschuldeten Sache, und der Schuldner haftet keineswegs auf die Bereicherung, also Herausgabe oder Erstattung der ihm selbst vom Gläubiger gemachten Leistung, welche die causa der Stipulation bildet.[46]) Das folgt schon aus der Natur der Sache. Denn es ist nicht abzusehen, warum durch die dem Gläubiger und nicht dem Schuldner erwiesene Liberalität des Dritten der Schuldner befreit werden sollte; und die Sache behält doch für den Gläubiger, der sie auf andere Weise erworben hat, immer denselben Vermögenswerth.[47]) Es stimmen damit auch die Quellenaussprüche vollkommen überein.

Allerdings kann man sich dafür nicht mit Sicherheit auf l. 18 D. de O. et A. 44, 7[48]) berufen, welche Stelle

46) Z. B. jemand hat vergleichshalber eine Forderung von 100 erlassen, wogegen ihm der Schuldner eine Sache im Werthe von 80 promittirt hat. Wenn nun diese Sache dem Stipulator vom Eigenthümer vermacht oder geschenkt wird, so würde das quanti ea res est in der Stipulationsklage 80 und nicht 100 betragen.

47) Die sophistische aber unjuristische Argumentation, daß der Gläubiger infolge Wegfallens des Interesse nichts verlangen könne, weil die Nichtleistung des Schuldners hier erst den Erwerb der Sache ermöglicht habe, bedarf keiner Widerlegung.

48) Julian. l. 54 Digest. Si is qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur: si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem, et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta altera nihilo minus integra remaneret. Vgl. Arndts Th. 46. S. 303. Anm. 84.

weder für, noch gegen das Bestehenbleiben der Forderung einen Beweis erbringt. Julian erklärt hier nur, daß, wenn dieselbe Sache aus einer Stipulation und aus einem Vermächtniß von demselben Schuldner gefordert werden kann, durch die Klaganstellung aus dem einen Schuldgrunde die andere Klage nicht consumirt werde.[49]) Welche Wirkung aber die erfolgte Leistung auf die andere Obligation ausübe — worauf es uns gerade ankommt — darüber äußert sich der Jurist nicht und hatte somit auch keine Veranlassung zwischen einer Stipulation ex lucrativa und ex onerosa causa zu unterscheiden. Indessen es ist an sich nicht gerade wahrscheinlich, daß Julian an den Fall, daß der Gläubiger mit der Klage aus dem einen Schuldgrunde die geschuldete Sache erlangt hätte, nicht gedacht haben soll. Da nun aber doch auch auf diesen Fall der Ausspruch: „non consumet stipulationem“ und „actionem ex testamento salvam habebit“ an sich nothwendig mitbezogen werden muß, so wäre es mindestens befremdlich, daß hier nicht die eingetretene Erlöschung des Klagerechts hervorgehoben wird, wenn in der That durch Erwerb der geschuldeten Sache die Klage aus dem anderen Schuldgrunde unmöglich gemacht würde.[50])

49) Vgl. l. 14 §. 2 D. de exc. r. ind. 44, 2. Cum eadem res ab eodem mihi debeatur singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. (Paul.). Daß hier nicht, wie man gemeinhin annimmt, „singulae obligationes singulas causas“ zu lesen ist, leuchtet ein, wenn man causa im Sinne von Klagegrund (causa petendi) versteht.

50) Die von Julian betonte Integrität der Klage aus dem anderen Schuldgrunde hätte dann auch praktische Bedeutung nur in dem Falle, wenn entweder der Gläubiger mit der ersten Klage wegen Nichtbegründung der Forderung rechtskräftig abgewiesen wäre, oder wenn der Schuldner es hätte

Wohl aber gewährt eine Stütze die demselben Juristen entnommen l. 19 D. eod.: — cum creditor vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilo minus integras actiones retinent.[51]) Und mindestens keinen Widerspruch enthält l. 82 pr. D. de legat. I.;[52]) denn offenbar

zur Condemnation kommen lassen. Letzternfalls würde der Gläubiger, nachdem er vom Schuldner den Werth der Sache erlangt hatte, wenn jener Satz wahr wäre, doch nochmals aus der anderen Obligation auf Leistung der Sache klagen können, während, wenn ihm die Sache geleistet war, die zweite Klage abgeschnitten wäre. Und wäre die Sache infolge Verschuldens oder Verzuges des Schuldners untergegangen, so könnte der Gläubiger mit zwei Klagen doppelten Ersatz fordern, während er bei Existenz der Sache durch Leistung derselben seine andere Forderung verlöre! Das wäre in der That, wie Arndts a. a. O. S. 304 sich ausdrückt, ein „wunderliches Recht." Aber daraus folgt noch nicht, was er beweisen will, nämlich daß der Gläubiger „rücksichtlich seines Anspruches auf die Sache gegen denselben Schuldner," welcher „aus verschiedenen Gründen dieselbe Sache, die nur einmal gegeben werden kann, zu geben verpflichtet ist, befriedigt sei, sobald er die Sache oder den Werth derselben aus dem einen Grunde empfangen habe." Wir schließen umgekehrt, daß der Gläubiger auch durch Leistung der Sache aus dem einen Grunde noch nicht befriedigt ist. Arndts hätte Recht, wenn es statt „gegeben werden kann" hieße: „gegeben werden soll."

51) Diese Stelle sucht Mommsen a. a. O. I. S. 261. Anm. 25. III. S. 415 vergeblich durch die Bemerkung zu beseitigen, daß der Jurist bei Begründung seiner Entscheidung unvorsichtig generalisirt.

52) Julianus l. 33. Digest. Si ex stipulatione mihi Stichus debeatur et is, cum sub condicione alii legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucrativa, nihilo minus existente condicione ex stipulatu agere potero. Vgl. S. 127.

ist hier, wie auch Arndts a. a. O. S. 263 annimmt, vorausgesetzt, daß die auf den Sklaven Stichus sich beziehende Stipulation schenkungshalber eingegangen war.

Bedenklicher steht es mit l. 98 pr. D. de V. O. 45, 1. [53])

Marcellus l. 25. Digestor. Existimo posse me id quod meum est sub condicione stipulari . .: aut si hoc verum non est et alienum fundum sub condicione stipulatus fuero isque ex lucrativa causa meus esse coeperit, confestim perimeretur stipulatio.

Marcellus sagt hier, daß wenn man die Zulässigkeit einer bedingten Stipulation der eigenen Sache nicht anerkennen wollte, dann auch die bedingte Stipulation einer fremden Sache durch den während Schwebens der Bedingung erfolgten Erwerb derselben ex lucrativa causa sofort vereitelt werden würde: was doch handgreiflich unrichtig ist. Indirekt scheint damit allerdings ausgesprochen, daß die Stipulation wirkungslos wird, wenn bei Eintritt der Bedingung die Sache noch im Eigenthum des Stipulator sich befindet. Also — könnte man folgern — wird die Stipulation vernichtet, wenn der Erwerb ex lucrativa causa nach Eintritt der Bedingung erfolgt, und natürlich auch wenn bei einer unbedingten Stipulation die Sache über-

Anm. 44. Warum übrigens in der Mommsen'schen Ausgabe der Digesten die Worte „ex causa lucrativa" als Glossem gestrichen werden, ist mir unverständlich. Denn entweder wird Julian damit eine unleidliche Trivialität zugemuthet, oder — wenn er indirekt sagen sollte, daß vor dem Eintritt der Bedingung aus der Stipulation nicht geklagt werden könne — ein Rechtssatz in den Mund gelegt, der entschieden unrichtig ist, vgl. S. 127. Anm. 43. S. auch Fitting Begriff d. Rückziehung S. 79. Anm. 116.

53) Vgl. Arndts a. a. O. S. 284 fg. und oben S. 124. Anm. 39.

haupt unentgeltlich erworben wird. Indessen dies wäre ein offenbarer Fehlschluß, da es sich hier doch immer um den Eigenthumserwerb vor Entstehung der Obligation handelt. Warum wird aber vom Juristen gerade der Erwerb ex lucrativa causa hervorgehoben, da doch bei onerosem Erwerbe ganz dasselbe gelten müßte? Wenn in der That anzunehmen wäre, daß Marcellus auf diesen Umstand Gewicht legen wollte, so würde eine Erklärung hiefür wohl nur in der Supposition sich bieten, daß er sich die bedingte Stipulation ebenfalls als ex lucrativa causa eingegangen vorstellte. Sein Gedankengang wäre dann etwa folgender: Durch den unentgeltlichen Erwerb wird sonst die fragliche Stipulation sofort wirkungslos; erfolgt ein solcher Erwerb aber bei einer bedingten Stipulation pendente condicione, so kann dieselbe noch (nämlich wenn der Gläubiger inzwischen das Eigenthum verliert) in Kraft bleiben, obwohl die Obligation beim Eintritt der Bedingung als bereits früher begründet behandelt wird und obwohl beim lucrativen Erwerbe der später wieder eintretende Eigenthumsverlust sonst keine Bedeutung hat.

Wir hatten es bisher einzig mit einseitigen Obligationen zu thun. Bei gegenseitigen Obligationen gilt freilich derselbe Grundsatz, aber er wird in seiner Anwendung durch die Natur der gegenseitigen Obligation modifizirt. Wenn der Gläubiger die ihm aus einer gegenseitigen Obligation geschuldete Leistung z. B. den gekauften Gegenstand aus einem anderen Grunde erwirbt, so erlischt seine eigene Verbindlichkeit. Eben deshalb begreift auch seine Interesseforderung nicht den Werth der Kaufsache, also den Ueberschuß desselben über den gezahlten (oder noch geschuldeten) Kaufpreis, sondern das Interesse beschränkt sich auf die Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises. Sonst müßte ja auch der Verkäufer, wenn der ausbedungene oder gezahlte Preis den

Werth der Sache überstiege, auf die Differenz Anspruch erheben können.

Dies findet auch in den Quellen volle Bestätigung beim lucrativen Erwerb der Sache.[54]) Zweifel und Meinungsverschiedenheiten stellen sich erst ein, wenn die verkaufte fremde Sache ex onerosa causa vom Käufer erworben, also insbesondere dem Eigenthümer abgekauft wird. Und daß darüber auch bei den römischen Juristen gestritten wurde, zeigt die Mittheilung des Pomponius in l. 29 pr. D. de evict. 21, 2.:

Si rem, quam mihi alienam vendideris, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat: quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem.

Die Deduktion des Nerva ist klar. Der Verkäufer hat seine Verbindlichkeit erfüllt, denn er hat die Sache tradirt und der Käufer kann sie unangefochten behalten.[55]) Giebt hier Nerva dem Verkäufer die Klage auf den Kaufpreis, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß er die actio emti dem Käufer auf Restitution des gezahlten Kaufpreises versagt; ganz gewiß, wenn dieser die Sache unentgeltlich erworben hatte, wohl in Uebereinstimmung mit der

54) Paul. sent. II. 17 §. 8. Fundum alienum mihi vendidisti, postea idem ex causa lucrativa meus factus est: competit mihi adversum te ad pretium recuperandum actio ex empto. l. 13 §. 15 D. de A. E. V. 19, 1. l. 9 §. 6. l. 10 D. locati 19, 2. l. 9 D. de evict. 21, 2. cfr. l. 41 §. 1 eod.

55) Daran, daß die Sache ausdrücklich als fremde verkauft war, ist nicht zu denken; dann hätte auch Nerva Recht.

älteren Jurisprudenz.[56]) Bemerkenswerth ist nun, daß Celsus sich bei seinem Widerspruch gegen diese Meinung nicht bloß darauf beruft, daß ein habere auf Grund des ersten Kaufes hier nicht stattfinde,[57]) sondern vornehmlich geltend macht, daß der Anspruch des Verkäufers mit der bona fides nicht vereinbar sei. Handelte es sich um einen lucrativen Erwerb des Käufers, so könnte man sich damit zufrieden geben.[58]) Aber es bloß als den Rücksichten der bona fides widersprechend zu bezeichnen, daß der verkaufende Nichteigenthümer vom Käufer, welcher bereits für den anderweitigen Erwerb der Sache eine Aufopferung gemacht habe, doch noch den Kaufpreis beanspruche, das erscheint mindestens auffallend. Vielleicht meinte Nerva, daß die actio empti zwar an sich zulässig sei, daß aber der Judex bei der Feststellung des quidquid dare facere oportet ex fide bona die vom Käufer für den Erwerb der Sache gemachte Auslage in Betracht ziehen müßte, so daß der Verkäufer nicht den ausbedungenen Kaufpreis, sondern nur den Ueberschuß desselben über die zweite Kaufsumme beanspruchen könne, während Celsus auch dies der bona fides widersprechend fand.

Doch lassen wir dies dahingestellt. Jedenfalls liegt in der Entscheidung dieser — übrigens der einzigen unsere Frage berührenden — Stelle enthalten, daß der Käufer den seinem ersten Verkäufer bereits gezahlten Kaufpreis zurückfordern könne. Und zwar ohne Unterschied, ob derselbe den Werth der Sache übersteigt, oder hinter demselben zurückbleibt: denn es findet hier eben keine Evictionshaftung

56) Wie man aus l. 9 D. de evict. 21, 2 (Sabinus) schließen kann.

57) l. 21 §. 2 D. eod. (Julianus).

58) Vgl. namentlich Mommsen a. a. O. I. S. 259.

statt.[59]) Unzweifelhaft auch dann, wenn der dem Eigenthümer gezahlte Preis geringer ist. Wie aber, wenn letzterem ein höherer Preis gezahlt worden ist? Windscheid meint, daß hier unter allen Umständen Ersatz der Aufopferung bezw. — wenn der Preis dem ersten Verkäufer noch nicht gezahlt ist — die Preisdifferenz beansprucht werden könne; während Mommsen (a. a. O. I. S. 258. III. S. 414) sich grundsätzlich dagegen erklärt und den Verkäufer nur im Falle einer Mora oder sonstigen Verschuldung auf Ersatz des durch dieselbe dem Käufer zugefügten Schadens haften läßt. Beide scheinen zu übersehen, daß es sich hier um eine Interesseforderung handelt, bei welcher der Umfang der Verbindlichkeit des Beklagten mit Berücksichtigung der bona fides festzustellen ist. Eine entschiedene und unbedingte Anwort läßt sich mithin auf die Frage gar nicht geben, sondern es wird auf die thatsächlichen Umstände des einzelnen Falles ankommen.

Der Regel nach kann der Käufer die Erstattung des gezahlten höheren Preises beanspruchen; denn man wird i. Allg. annehmen können, daß sein Interesse an dem Haben und Behalten der Sache mit diesem Erwerbspreise übereinstimmt. Es ist aber auch leicht möglich, daß die Forderung dieses Preises der bona fides widersprechen und den in Anspruch genommenen Verkäufer unbilligerweise belasten würde. Denken wir uns den Fall, daß der Käufer die für 50 erstandene Sache, die vielleicht einen Werth von 80 hat, vom Eigenthümer zu einem Preise von 100 erwirbt. Wenn es ihm nicht gerade auf diese individuelle Sache ankam, weil er sie etwa, um das von Mommsen gewählte Beispiel zu wiederholen, einem Anderen unter einer Conventionalstrafe zu liefern, oder auch als Vermächtniß (legatum

59) Worauf man nicht etwa aus l. 21 §. 2 D. de evict. 21, 2. schließen darf.

rei alienae) zu leisten verpflichtet war, sondern wenn er sie zu dem höheren Preise erstand — vielleicht sogar arglistigerweise, um den auf Ersatz in Anspruch zu nehmenden Verkäufer zu benachtheiligen —, während bei Herausgabe der Sache an den Eigenthümer durch den sich darbietenden Erwerb einer anderen Sache gleicher Art zu einem niedrigeren Preise seinem Bedürfniß und Interesse ebenso hätte Genüge geleistet werden können: dann würde ihm als Ersatzleistung nur der Werth der Sache zuerkannt werden können. Man wird als leitenden Gesichtspunkt festhalten müssen, daß der Gläubiger nur soweit Erstattung des Mehrbetrages seiner für den Erwerb der Sache gemachten Aufopferung verlangen kann, als ihn kein Vorwurf trifft, wenn er die Sache überhaupt zu dem fraglichen Preise erworben hat, anstatt die Eviction abzuwarten und den hieraus erwachsenden Anspruch gegen den Verkäufer zu verfolgen. Wie man auch umgekehrt sagen muß, daß der Käufer mit der Evictionsklage nicht den ganzen Werth der Sache (das volle Interesse) erlangen darf, wenn er in der Lage war, den Eigenthümer mit einer geringeren Summe abzufinden. [60])

60) arg. l. 11 §. 12 D. de A. E. V. 19, 1. Auch beim Erwerbe der Sache vom Eigenthümer müßte der Käufer natürlich eine Anzeige an seinen Verkäufer ergehen lassen, wenn er sich seinen Anspruch gegen denselben völlig sichern will. — Daß das im Text Bemerkte sich nicht auf den Fall des Kaufes beschränkt, bedarf keiner weiteren Ausführung. So findet es insbesondere auch auf die Miethe, namentlich die Wohnungsmiethe Anwendung, bei welcher jedoch die thatsächlichen Verhältnisse wohl regelmäßig so liegen werden, daß der Anspruch des Miethers auf Ersatz des Mehrbetrages des von ihm dem Eigenthümer zu zahlenden Miethszinses zweifellos begründet ist. Wird doch meistens auch die Abmiethung vom Eigenthümer dem eige-

Doch kehren wir nach dieser Unterbrechung wieder zu den unter a. und b. behandelten Fällen zurück. Es hat

nen Interesse des Vermiethers der fremden Sache entsprechen. Vgl. auch l. 8 §. 6 D. mand. 17, 1. — Ob übrigens den Verkäufer eine Schuld treffe, ob er sich namentlich einer Mora schuldig gemacht habe, wie Mommsen will, kann hier begreiflicherweise gar nicht in Betracht kommen. Diese Auffassung ist ebenso abwegig, wie seine weitere Bemerkung, daß der Käufer, „wenn er sich nachher die Sache unter ungünstigeren Bedingungen verschafft hat, durch seine eigene freie Handlung dem Schuldner (Verkäufer) die Erfüllung der Obligation unmöglich gemacht" habe. Also wenn der Käufer das Eigenthum erwirbt, ist auch das habere licere praestare dem Verkäufer unmöglich gemacht? Ueberhaupt ist nicht recht verständlich, wie Mommsen sich die Sachlage eigentlich vorstellt. Die Quellen reden nur von dem Falle, wenn der Käufer das Eigenthum des ihm vom Verkäufer bereits tradirten Gegenstandes vom Dritten erwirbt. Mommsen dagegen scheint immer den Fall im Auge zu haben, daß der verkaufende Nichteigenthümer die Sache noch gar nicht geleistet hat und nun der Käufer dieselbe vom Eigenthümer ersteht und sich tradiren läßt. Ja, wie ist denn dies aber zu denken? War der Verkäufer im Besitz der fremden Sache, so könnte der Eigenthümer sie doch dem Käufer erst tradiren, nachdem er sie vom ersteren erlangt hat, oder indem dieser sie auf seine Anweisung dem Käufer herausgiebt. Befindet sich dagegen die verkaufte fremde Sache im Besitze des Eigenthümers, so ist nur dreierlei möglich: 1) Der Verkäufer weiß, daß er selbst nicht Eigenthümer ist, und täuscht den Käufer; — dieser Fall scheidet ganz aus. 2) Er hält sich irrthümlich für den Eigenthümer; — dann kann er doch dem Käufer keinen Vorwurf machen, wenn dieser die Sache dem Eigenthümer abkauft. 3) Beiden Parteien ist das fremde Eigenthum bekannt; dann geht die Intention der Contrahenten dahin, daß der eine verpflichtet sein soll, dem anderen das Eigenthum der

sich dort uns als Regel ergeben, daß durch den anderweitigen Erwerb der geschuldeten Sache seitens des Gläubigers die Obligation nicht aufgehoben wird. Diese Regel ist durchgreifend, wenn die Sache ex onerosa causa geschuldet wurde. Eine Ausnahme tritt uns nur dann entgegen, wenn der Schuldgrund ein unentgeltlicher ist. Auf diese Fälle gehen wir nunmehr über.

c. Der Schuldner aus einer lucrativa causa wird völlig befreit, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache ex lucrativa causa bleibend erwirbt. Daß wir es hier mit einem positiven, in alter doktrineller Ueberlieferung feststehenden Grundsatz zu thun haben, bei welchem man sich deutlich bewußt war, daß er etwas Besonderes, von dem sonst geltenden Recht Abweichendes ausspreche, lehrt nicht allein die Fassung der Regel, sondern auch die Art und Weise, wie sie von den römischen Juristen commentirt wird. Wenn man dazu noch beachtet, daß schon durch den Erwerb der Sache die Forderung zerstört und nicht etwa bloß die Geltendmachung derselben, die actio, durch das Haben der Sache gehemmt wird, so daß der Schuldner beim, wenn auch sofort nach dem (natürlich rechtlich unentziehbaren) Erwerbe eintretenden, Verlust des Eigenthums, insbesondere durch Veräußerung der Sache, doch nicht in Anspruch genommen werden kann:[61]) — so ist es einleuchtend, daß wir in jenem

fraglichen individuellen Sache zu einem bestimmten Preise zu verschaffen. In diesem Falle würde Mommsen allerdings Recht haben, indem der Regel nach nicht Schadloshaltung, wenn die Sache zu einem höheren Preise erstanden wird, ja unter Umständen sogar von dem anderen Theile selbst das Interesse beansprucht werden könnte. Aber könnte man denn den Vertrag über Lieferung einer fremden Species überhaupt noch als Kaufvertrag bezeichnen?

61) Jul. l. 17 D. de O. et A. 44, 7. (debitores liberantur). Paul. l. 83 §. 6 D. de V. O. 45, 1. (evanescit, extingu-

Satze keine bloße Consequenz des Grundsatzes von der Befreiung des Schuldners durch unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung, keineswegs nur eine besondere Anwendung der Regel „quod alicuius est id ei dari non potest“ erblicken können.

Vielmehr ist unser Rechtssatz hervorgegangen aus einer Auslegung des Willens, der sich in der unentgeltlichen Zuwendung kundgiebt, zunächst bei Vermächtnissen, dann auch bei anderen lucrativen Rechtsgeschäften.[62]) Man nehme an, daß der Wille des Vermächtnißgebers darauf gerichtet wäre, gerade diese Sache und einzig diese Sache dem Bedachten zu verschaffen. Hat er sie einmal unentgeltlich erworben, so ist, was der Vermächtnißgeber wollte, wenn freilich auch auf anderem Wege, erreicht.[63]) Daß der Bedachte, wenn er statt der Sache den Werth derselben ex causa lucrativa erlangt hatte, seinen Anspruch behielt, erscheint als ganz richtige Durchführung jener Auslegung des Vermächnißwillens. Man könnte dem Willen des Erblassers entsprechend hier ebenso wenig die Forderung des Vermächtnißnehmers erlöschen lassen, als wenn die zweite lucrative Zuwendung von vornherein den Werth der Sache

itur stipulatio). Papin. l. 66 §. 1 D. de legat. II. (neque revocari actionem semel extinctam).

62) Ob daneben, wie Brinz a. a. O. S. 464 vermuthet, noch „ethische Gründe“ mitwirkten, mag auf sich beruhen. Wahrscheinlich ist mir dies nicht.

63) Kann sein, daß die Auffassung, welche Arndts a. a. O. S. 341 derjenigen des römischen Rechts gegenüberstellt, wirklich dem Willen des Erblassers, wenigstens nach heutiger Anschauung, mehr entspricht. Im Allgemeinen würde es hier aber doch immer auf die Persönlichkeit des Erblassers, ferner auf den Gegenstand des Vermächtnisses und auf die Umstände, unter denen es hinterlassen ist, ankommen.

zum Gegenstand gehabt hätte. Wenn sich nun auch unsere Regel auf eine Willensauslegung gründet, so darf man nicht übersehen, daß uns in ihr ein durch die auctoritas prudentium fixirter (wenn freilich auch nur dispositiver) Rechtssatz und keine bloße Auslegungsregel[64]) entgegentritt, welche nur im Zweifel zur Anwendung zu bringen wäre. Dafür, daß sie durch Berufung auf den nicht erklärten, sondern bloß muthmaßlichen Willen des Erblassers im einzelnen Falle ausgeschlossen sei, findet sich in den Quellen keine Bestätigung.[65])

d. Aus demselben Prinzip, welches dem Satz von der Befreiung des Schuldners durch concursus causarum lucrativarum zu Grunde liegt, ergiebt sich von selbst, daß bei onerosem Erwerbe der Sache der Schuldner aus dem lucrativen Schuldgrunde dem Gläubiger nicht über das Maß der von ihm gemachten Aufopferung haftet.[66]) Aber es ist wohl zu beachten, daß hier die Klage formell immer noch auf Leistung der Sache geht und daß nur officio iudicis das quanti ea res est auf den Betrag herabgesetzt wird, den der Kläger für den Erwerb der Sache aufgewendet hat.[67]) Somit würde auch dann, wenn nach statt-

64) Wie Arndts a. a. O. S. 257. 258 und Schmidt a. a. O. S. 440 meinen.

65) Die einzige Stelle, auf welche man sich beruft, ist l. 21 §. 1 D. de legat. III.; aber diese Stelle bezieht sich auf den Erwerb der Sache vor dem Anfalle des Vermächtnisses s. oben S. 126. Anm. 41. — Noch weniger wird der Natur der Sache nach bei Schenkungen die Willensfrage unserem Rechtssatz gegenüber erhoben werden können.

66) Vgl. Arndts Th. 46. S. 310—335.

67) l. 34 §. 7 D. de legat. I. Quod si rem emissem mihi legatam, usque ad pretium quod mihi abest competet mihi ex testamento actio. l. 82 §. 2 eod. Iudex tanti litem aestimare debebit, quantum mihi aberit.

gefundenem Erwerbe die ex lucrativa causa geschuldete Sache vom Gläubiger veräußert wird, sie noch immer selbst gefordert werden können. Wird sie vom Schuldner nicht geleistet, so muß die Schätzung nach den gewöhnlichen Grundsätzen geschehen, da die Sache selbst noch geliefert werden kann. Die litis aestimatio könnte hier begreiflicherweise nicht auf das quod abest actori gerichtet sein.[68]) Denn das wäre ja Ersatz des Betrages, der dem Kläger trotz des Habens der Sache wegen der mit ihrem Erwerbe verbundenen Aufopferung noch fehlt, damit er die ihm gemachte Zuwendung vollständig erhalte.

Es würde sich nur noch fragen, ob in jedem Falle der Veräußerung die vermachte Sache noch eingefordert werden könne. Die Frage ist unbedenklich zu bejahen; nur eine Ausnahme werden wir machen müssen. Hat nämlich der Vermächtnißnehmer die von ihm erstandene Sache nicht bloß in Kenntniß des Vermächtnisses, sondern arglistigerweise nach dem dies veniens wieder veräußert, so würde er immer nur höchstens auf Erstattung seiner Auslagen Anspruch erheben können, indem ihm der beschwerte Erbe exc. doli

68) z. B. wenn die vermachte Sache im Werthe von 120 vom Legatar, gleichviel ob vor oder nach dem dies cedens, für 100 gekauft und für 150 wieder verkauft wird, so würde das quanti ea res est in der act. ex testamento immer 120, nicht etwa 100 und ganz gewiß nicht 70 oder gar 50 betragen. Daß hier der Legatar durch den günstigen Kauf und Wiederverkauf einen Gewinn gemacht hat, kann nicht in Betracht kommen. Würde doch auch die Vermächtnißforderung bestehen bleiben, wenn er die aestimatio rei aus einer zweiten lucrativen causa erworben hätte. — Hinsichtlich der Frage, welchen Einfluß hier beim Erwerbe der Sache die Kenntniß vom Vermächtniß habe, mag auf Arndts a. a. O. S. 329 fg. verwiesen sein.

entgegensetzt.[69]) Nun bereitet hier aber große Schwierigkeiten l. 45 pr. D. de legat. I.[70])

Pomponius l. VI. ad Sabin. Si a substituto pupilli ancillas tibi legassem easque tu a pupillo emisses et antequam scires tibi legatas esse alienaveris, utile legatum esse Neratius et Aristo et Ofilius probant.

Was die Stelle direkt sagt, ist gewiß unverfänglich. Wenn der Legatar die ihm im Pupillartestament vermachten, zur Erbschaft gehörigen Sklavinnen vom Pupillen kauft und sie vor erlangter Kenntniß vom Vermächtniß weiter veräußert,[71]) so soll das Vermächtniß wirksam sein. Anders

69) Also im Beispiel der vorigen Stelle würden ihm nur 100 zuerkannt werden können.

70) Obwohl diese Stelle schon von Arndts S. 335 fg. (woselbst auch die älteren Erklärungsversuche berücksichtigt sind) erörtert worden ist, muß ich auf sie doch noch einmal zurückkommen. Vgl. auch Windscheid Pand. III. §. 639. Anm. 4.

71) Ob vor oder nach Eintritt des Substitutionsfalles, wird nicht unterschieden. Daß hier ein Damnationslegat vorausgesetzt wird, bedarf keines Beweises. Beim Vindicationslegat könnte es, abgesehen von allem Andern, auf das Wissen vom Vermächtniß im vorliegenden Falle nicht ankommen. Wenn der Legatar, um bei diesem Falle noch etwas stehen zu bleiben, die ihm per vindicationem unter einer Bedingung vermachte Sache während Schwebens der Bedingung kauft, wird er unfraglich Eigenthümer und überträgt mithin auch das Eigenthum durch Veräußerung der Sache. Welche Wirkung hat nun der Eintritt der Bedingung? Offenbar kann sie, auch wenn man annehmen wollte, daß die causa dominii durch Erfüllung der Bedingung für den Legatar geändert würde, nicht zum Verlust des Eigenthums für denjenigen, der die Sache vom Legatar erworben hatte, führen, sondern nur den Erfolg haben, daß sein Eigenthum festen Bestand gewinnt. Aber eben die Annahme, daß der Rechtsgrund des Eigenthumes

kann der Fall aber auch nicht entschieden werden. Was Bedenken erregt, ist der in der Stelle enthaltene Gegen-

eine Aenderung erleide, ist abzuweisen, und damit muß ich der von Arndts a. a. O. S. 332. 333. Anm. 38. gegebenen Auslegung von l. 29 D. de A. E. V. 19, 1. entgegentreten. Hier schreibt Julian: Cui res sub condicione legata erat, is eam imprudens ab herede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet. In der Mommsen'schen Digestenausgabe wird für „quia non" vorgeschlagen „quando." Aber es ist im Texte kein Wort zu ändern. Der Legatar hat die ihm per vindicationem vermachte Sache vor dem Anfall des Vermächtnisses gekauft und ist mithin Eigenthümer geworden. Das Legat ist also auch beim Eintritt der Bedingung hinfällig, da der Legatar schon das Eigenthum hat. Daher hat er die Sache nicht ex causa legati, sondern ex causa emptionis. Von einer actio ex testamento kann im vorliegenden Fall, wenigstens im Sinne Julians, nicht die Rede sein, da ein Vindicationslegat vorliegt. (Anders in der l. 84 §. 5 D. de legat. I., wo es sich um ein Damnationslegat handelt, und die verkaufte Vermächtnißsache noch nicht tradirt war; wird sie nun ex testamento geleistet, so hat der Empfänger die actio ex empto auf Restitution des Preises, quia ex causa legati rem habet). Aber hätte er die Sache nicht gekauft, so würde er diese jetzt ex causa legati und den gezahlten Preis in seinem Vermögen haben. Durch den Kauf ist er also entschieden geschädigt; er hat ein Interesse daran den Kauf nicht abgeschlossen zu haben. Da er nun „imprudens" gekauft hat, vielleicht sogar dem Verkäufer das Vermächtniß bekannt war, so wird ihm die act. empti auf Rückgabe des Preises gegeben. Hätte er diesen noch nicht gezahlt, so würde er die act. venditi des Verkäufers zurückweisen können. Es ist in l. 29 nicht derselbe, aber ein analoger Gesichtspunkt wie der, unter welchen die Entscheidung der l. 9 D. de evict. 21, 2 fällt; gewissermaßen der umgekehrte Fall. — Im Justinianischen Recht würde auch act. ex testamento platzgreifen.

satz, zumal dieser selbst unsicher ist. Es bietet sich nämlich ein zweifacher Gegensatz dar: 1) Das legatum ist inutile, wenn der Legatar die Sklavinnen vor Eintritt des Substitutionsfalles nicht veräußert hat. 2) Das legatum ist inutile, wenn er die Sklavinnen nach erlangter Kenntniß von dem Vermächtniß veräußert hat. Ob nun Pomponius mit den genannten Juristen an den ersten oder an den zweiten Gegensatz gedacht hat, wird sich mit völliger Gewißheit nicht entscheiden lassen.

Bleiben wir zunächst bei dem letzteren stehen, so würde der Fall ganz ausscheiden, wenn die Veräußerung vor dem Tode des Pupillen, mit welchem die Substitution in Wirkung tritt, stattgefunden hat, da hier der Erwerb des freilich schon angefallenen Vermächtnisses selbst noch ganz ungewiß war. Hat aber der Legatar die Veräußerung nach dem Tode des Pupillen vorgenommen, so dürfte dadurch möglicherweise „die Vermächtnißverbindlichkeit des Substituten nicht zu dessen Nachtheil verändert werden,“ [72]) aber daß damit das legatum aufhören sollte utile zu sein, wird doch niemand behaupten wollen.

Es bliebe somit nur der erste Gegensatz übrig. Also wenn die vermachten Sklavinnen beim Eintritt des Substitutionsfalles noch im Eigenthum des Legatars stehen, soll das Vermächtniß unwirksam sein, so daß eine Klage auf Leistung desselben ex testamento nicht angestellt werden kann. Daß das Vermächtniß hier durch den Erwerb der vermachten Sache vereitelt werden soll, ist allerdings auf-

72) Arndts a. a. O. S. 336 übersieht, daß die Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht schon mit dem Tode des Pupillen entschieden ist. Selbst wenn die Sache nach dem Antritt des Substituten veräußert wurde, kann von einem „inutile legatum“ nicht gesprochen werden.

fallend genug. Denn zunächst hat der entgeltliche Erwerb der vermachten Sache nach dem dies cedens; sodann noch dazu ohne Kenntniß von dem Vermächtniß stattgefunden. Wenn nun auch darauf kein erhebliches Gewicht gelegt werden soll, da das dem Pupillarsubstituten auferlegte Vermächtniß, trotz des mit dem Tode des Erblassers (Gewalthabers) erfolgenden Anfalles, doch wieder einem bedingten Vermächtniß verwandt ist, so bliebe doch immer noch ein Widerspruch mit dem in §. 6 J. de legat. 2, 20 ausgesprochenen Grundsatz vorhanden. Denn nach unserer Stelle müßte folgerichtig das Vermächtniß hinfällig werden, wenn der Legatar im Augenblicke des Anfalles des Vermächtnisses und der Entstehung der Vermächtnißobligation (sicher also im Zeitpunkt des Erbschaftserwerbes) schon Eigenthümer der vermachten Sache ist, gleichviel ob er sie entgeltlich oder unentgeltlich erworben hatte. Dies würde aber auch vollkommen den sonst geltenden Rechtsgrundsätzen entsprechen, die nur beim Vermächtniß mit Rücksicht auf den erblasserischen Willen durchbrochen sind. So würde denn unsere Stelle eine indirekte Bestätigung der oben S. 125 aufgestellten Vermuthung enthalten, daß jene Ausnahme erst in der späteren Jurisprudenz Anerkennung gefunden hat, indem die genannten Juristen den Standpunkt der älteren Rechtsanschauung vertreten.

C. Es erübrigt nur noch, nachdem die Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen schon von Arndts a. a. O. S. 338 fg. mitgetheilt worden sind, einen Blick auf die Stellung zu werfen, welche der Entwurf des bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich in unserer Frage einnimmt. Ob und inwieweit die bisher erörterten Grundsätze in ihm Anerkennung gefunden haben oder verworfen sind, läßt sich mit Sicherheit aus den Bestimmungen desselben allein kaum entnehmen, da er vollständig darüber schweigt. Wir sind somit auf die sonstigen in ihm vertretenen Rechtsprinzipien

verwiesen. Da kommt zunächst in Betracht der ganz allgemein lautende §. 1853:

Ist durch das Vermächtniß eine Leistung zugewendet, welche zur Zeit des Erbanfalles unmöglich ist, . . so ist das Vermächtniß nichtig.

Es würde sich somit fragen: ist die Leistung unmöglich, wenn zur Zeit des Erbfalles die vermachte Sache im Eigenthum des Vermächtnißnehmers steht? Auf diese Frage giebt der Entwurf keine direkte Antwort. Er hat es absichtlich vermieden, den juristischen Begriff und die Arten der Unmöglichkeit festzustellen und abzugrenzen. „Es müsse — wie es in den Motiven II. S. 45 heißt — in concreto nach dem Gegenstande und dem gesammten Inhalt des Schuldverhältnisses geprüft werden, ob eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist." Jedoch sprechen sich die Motive V. S. 151. 160. 161. allerdings sehr entschieden dahin aus, daß die Leistung unmöglich ist, wenn der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalles dem Bedachten gehört. Damit könnte man sich einverstanden erklären. Wenn dann aber weiter gesagt wird, daß es „an sich keinem Zweifel unterliegen könne, daß (in diesem Falle) das Vermächtniß wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam sei," so muß man doch Bedenken tragen, diesem Satze beizustimmen, wenn er ein allgemein gültiges Rechtsprinzip in seiner Anwendung auf Vermächtnisse aussprechen will. Der Grundsatz mag richtig sein, seine einfache Anwendung auf Vermächtnisse ist falsch, da hier der Wille des Vermächtnißgebers ganz unberücksichtigt gelassen ist. Aber freilich der Vorschrift des Entwurfes selber ist jene Aeußerung in den Motiven vollkommen entsprechend. Dann wird diese Vorschrift aber auch durchgreifend angewendet werden müssen, so daß überall das Vermächtniß für nichtig erklärt werden muß, wenn der Bedachte zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles den vermachten Gegenstand bereits erworben hat.

Freilich meinen die Motive, „der Vermächtnißanordnung werde sich zugleich der Inhalt entnehmen lassen, der Beschwerte solle dem Bedachten, wenn derselbe etwas für die Erlangung aufgewendet habe, das Aufgewendete zu ersetzen; die Auslegung werde zu diesem Ergebnisse gelangen, wenn die Umstände danach angethan sind, ohne eines Hinweises darauf (nämlich im Gesetze selber) zu bedürfen." Dies scheint aber angesichts des §. 1853 völlig ausgeschlossen, wenn man nicht den heutigen Richtern die Stellung der römischen Juristen geben will. Auch wird diese Auslegung offenbar nicht durch die in §. 73 enthaltene Regel („bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften") ermöglicht; und eher wider, als für dieselbe könnte man sich auf den Umstand berufen, daß in §. 1851 des Entwurfes für den besonderen Fall eines schon zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses und noch des Erbfalles dem Bedachten gehörenden Gegenstandes eine Ausnahme von der regelmäßigen Nichtigkeit durch den ausdrücklichen Vorbehalt gemacht wird, falls nicht „der Wille des Erblassers, daß dem Vermächtnißnehmer ein anderer Vortheil als der Gegenstand selbst zugewendet werden soll, erhellt." Der §. 1853 ist eben zu enge gefaßt, als daß eine solche Auslegung platzgreifen könnte, auf welche auch niemand verfallen würde, dem nicht die Motive zur Hand sind.[73])

Alles dies gilt in gleicher Weise für den Fall des späteren Erwerbes der vermachten Sache, vor Erfüllung des

73) Beiläufig bemerkt, wiederholt sich auch hier wie sonst, daß die Motive mit dem Entwurf ein Ganzes bilden wollen, so daß derselbe nicht aus sich selbst, sondern nur aus den Motiven ausgelegt werden könne. Daß dies bedenklich ist, liegt auf der Hand.

Vermächtnisses. Die Regel vom concursus causarum lucrativarum hat im Entwurf, und vielleicht mit Recht, keine Aufnahme gefunden. Was nun aber sonst in unserem Falle überhaupt gelten soll, darüber läßt uns der Entwurf im Unklaren. Wird dadurch, daß der Gläubiger (Legatar) die geschuldete Sache erwirbt, eine objektive Unmöglichkeit der Leistung begründet, so daß die Vorschriften des §. 237 zur Anwendung kommen würden? Die Motive II. S. 80 scheinen dies anzunehmen, bemerken aber zugleich (wohl aber nur mit besonderer Beziehung auf den conc. caus. lucrat.) daß „im Einzelfalle geprüft werden müsse, ob eine Begrenzung der Haftung des Schuldners dahin als gewollt erscheint, daß der Schuldner frei wird, wenn der Gläubiger auf irgend einem anderen Wege als durch Erfüllung" die Leistung erhalten hat. Damit wäre nun aber die „objektive Unmöglichkeit der Leistung," durch welche nach §. 237 der Schuldner „von seiner Verbindlichkeit befreit wird," unvereinbar. Oder sollte man vielleicht im Sinne des Entwurfes eine bloß vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung annehmen, bei welcher der Schuldner nicht verpflichtet ist, „so lange die Leistung unmöglich ist."? Und würde dann die Forderung des Gläubigers durch Veräußerung des Gegenstandes wieder ins Leben treten oder wirksam werden? Non liquet; und da uns der Entwurf keine Auskunft ertheilt, und — worauf freilich kein Gewicht zu legen ist — die Motive uns dazu auch noch im Stiche lassen, werden alle die aufgeworfenen Fragen nach den bisher geltenden und in der Wissenschaft und Praxis anerkannten Rechtsgrundsätzen entschieden werden müssen.[74])

74) So könnte es, wenn der Entwurf Gesetzeskraft erlangte, kommen, daß in jedem Rechtsgebiet des deutschen Reiches der Richter hier bei seiner Entscheidung andere Rechtsgrundsätze (die des Römischen Rechts, des preußischen Landrechts, des sächsischen Gesetzbuches u. s. w.) befolgte.

III. Die durch unverschuldeten Untergang der vermachten Sache herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung befreit den Onerirten. Es reiht sich daran die Frage, wie es sich verhalte, wenn die Sache weggekommen oder nicht auffindbar ist.[75]) Wir sehen hier vorläufig ab von dem später zu erörternden Falle, daß die Sache durch Diebstahl, Raub oder Dejection dem Belasteten entzogen wird, bezw. dem Erblasser, sei es schon zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses, sei es später, entzogen war. Wir lassen ferner auch den Fall bei Seite liegen, wenn der Aufenthaltsort der Sache bekannt ist; denn die Frage, inwieweit hier der Belastete verpflichtet sei, fällt mit der Frage, an welchem Orte er zu leisten habe, zusammen.[76]) Gegenwärtig handelt es sich einzig darum, daß die Existenz oder Nichtexistenz der Sache gleich ungewiß ist; z. B. das vermachte Thier ist entlaufen, der Sklave entflohen, die bewegliche Sache verloren gegangen. Die vermachte Sache befand sich früher erweislich im Besitze des Erblassers, war vielleicht sogar nach seinem Tode noch im Nachlaß oder im Besitz des Erben, jetzt ist sie nicht mehr vorhanden. Mit dieser Frage beschäftigt sich eine Reihe von Stellen, welche bei oberfläch-

75) Vgl. zum Folgenden Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I. S. 29 fg. 221 fg. 295 fg., welcher hier von „Entziehung der faktischen Disposition“ über die Sache spricht: eine Formulirung, die jedoch nicht zutrifft, wenn es sich um das Vermächtniß einer fremden Sache handelt.

76) Abgesehen von dem Falle, wenn ein Sklave oder eine andere Sache in die Gewalt der Feinde gerathen ist, wodurch eine zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt ist. Vgl. Arndts in den Comment. Th. 46. S. 99. Mommsen a. a. O. I. S. 16. Uebrigens erörtert Ulpian in l. 47 D. de legat. I. unsere Frage im engsten Zusammenhange mit der, an welchem Orte zu leisten sei.

licher Betrachtung widersprechende Entscheidungen enthalten.

Wir beginnen mit l. 32 §. 5 D. de legat. II.

Modestinus l. IX. Regularum. — Species nominatim legatae si non reperiantur, nec dolo heredis deesse probentur, peti ex eodem testamento non possunt.

Also wenn die vermachte individuelle Sache im Nachlasse nicht vorhanden ist, so kann sie vom Vermächtnißnehmer nicht eingefordert werden, es sei denn daß sie infolge dolus des Erben fortgekommen ist. Es scheint, als ob der Jurist vornehmlich an den Fall denkt, wenn der Erbe durch eine eigene Handlung in Kenntniß des ihm auferlegten Vermächtnisses den Verlust der Erbschaftssache verschuldet hat, ohne Unterschied, ob er sie verbracht oder bei Seite geschafft habe. Auffallen muß es, daß Modestinus den Erben hier nur dann haften zu lassen scheint, wenn ihn der Vorwurf der Unredlichkeit oder bewußten Widerrechtlichkeit trifft, während er doch, wie wir später sehen werden, auch für gewöhnliche Nachlässigkeit einzustehen hat. Diese scheinbare Beschränkung der Haftung des Erben findet aber darin ihre Erklärung, daß der Ausspruch des Juristen zugleich auf den Fall zu beziehen ist, wenn schon vor dem Erwerbe der Erbschaft die vermachte Sache arglistigerweise verbracht, also dem Nachlaß entzogen worden ist.[77])

77) Dafür daß Modestinus wohl daran gedacht haben kann, darf man sich auf §. 3 derselben Stelle berufen, wo der Fall gesetzt wird, daß der Legatar bei Lebzeiten des Erblassers „ampliandi legati sui gratia," also arglistigerweise, in die Räumlichkeit, deren Inhalt ihm vermacht ist, andere Sachen des Erblassers hineingeschafft hat. Uebrigens ist in dieser Stelle entweder mit Th. Mommsen (in seiner Ausgabe) hinter „ignorante eo" einzuschalten „qui legavit," oder statt „eo" zu lesen „testatore."

Näheres ersehen wir über die Verpflichtung des Belasteten in der unsere Frage speziell erörternden l. 47 §. 2. 4. D. de legat. I.

Ulpianus l. 22. ad Sabinum. — Si Stichus sit legatus et culpa heredis non pareat, debebit aestimationem eius praestare: sed si culpa nulla intervenit, cavere debet heres de restitutione servi, non aestimationem praestare. Sed et si alienus servus in fuga sit sine culpa heredis, idem dici potest (nam et in alieno culpa admitti potest); — quod et in servo ab hostibus capto constat.

§. 4. Item si res aliena vel hereditaria sine culpa heredis perierit vel non compareat, nihil amplius quam cavere eum oportebit: sed si culpa heredis res perit, statim damnandus est.

Es ist hier zunächst klar bezeugt, daß der Erbe unbedingt den Werth leisten muß, wenn ihn überhaupt eine Schuld, nicht bloß der Vorwurf der Arglist, trifft, daß die vermachte Sache sich nicht vorfindet,[78]) z. B. der Sklave flüchtig geworden oder vom Feinde gefangen genommen ist.[79]) Dies soll auch dann gelten, wenn das Vermächtniß eine fremde Sache zum Gegenstande hat, obwohl hier freilich, wenn man nicht annehmen will, daß die Sache sich bereits im Besitze des Erben befand, eine Verschuldung des-

78) Perire im Sinne von wegkommen und infolge dessen nicht vorhanden sein, wobei es unentschieden bleibt, ob die Sache überhaupt noch existire, findet sich nicht selten in den Quellen, freilich regelmäßig in dem Falle, daß die Sache durch Diebstahl entzogen ist. Den von Mommsen a. a. O. S. 29 angeführten Stellen wäre noch hinzuzufügen l. 67 §. 2 D. de furt. 47, 2. l. 1 §. 3 D. furti adv. n. 47, 5. l. 3 §. 1 D. nautae 4, 9.

79) l. 53 §. 9 D. de legat. I.

selben sich schwerlich anders wie in der Gestalt des dolus denken läßt. Ferner kann sofort Klage erhoben werden und findet Verurtheilung auf den vollen Werth der Sache statt („statim damnandus est“). Also es wird dem Belasteten kein Aufschub gewährt, um die Sache herbeizuschaffen, und der Vermächtnißnehmer braucht auch nicht so lange zu warten, bis über die Existenz oder Nichtexistenz der Sache Gewißheit erlangt ist. Dies ist immerhin bemerkenswerth, daß hier die Sache auch dann eingefordert werden kann und die aestimatio geleistet werden muß, wenn es zweifelhaft erscheint, ob der Gegenstand überhaupt noch existirt, während sonst in einem solchen Falle der Belastete nur zur Cautionsstellung verpflichtet ist,[80]) und ferner doch nur beim verschuldeten Untergange der Sache der Schuldner in Anspruch genommen werden kann. Wenn mithin später auch der Nachweis erbracht werden könnte, daß die durch Verschulden des Erben weggekommene Sache bereits zur Zeit der Einforderung des Vermächtnisses nicht mehr existirte und auch ohnedies zu Grunde gegangen wäre, so würde der Erbe dennoch den Schaden zu tragen haben.[81])

80) Gaius l. 69 §. 5 D. de legat. I. Si res quae legata est an in rerum natura sit, dubitetur, forte si dubium sit, an homo legatus vivat, placuit agi quidem ex testamento posse, sed officio iudicis contineri, ut cautio interponeretur. Den Schluß der Stelle s. S. 161.

81) Von einer condictio sine causa in Betreff der geleisteten aestimatio kann natürlich nicht die Rede sein. Eher wäre noch an eine Rückforderung zu denken, wenn der Erbe freiwillig den Legatar mit dem Werthe der Sache abgefunden hatte, obwohl auch da Bedenken sich einstellen. In l. 2 D. de cond. si. ca. 12, 7. (deren Schluß wenigstens von einer Zahlung sine iudice zu verstehen ist) ist der Fall ganz anders gestaltet. Die im Text hervorgehobene Incongruenz tritt vielleicht noch stärker bei einer Stipu-

Ulpian handelt in unserer Stelle unzweifelhaft von einem Damnationslegat. Es könnte nun die Frage aufgeworfen werden, wie es sich beim Vindicationslegat verhalte. Die rei vindicatio und die act. ad exhibendum würde nach den sonst geltenden Grundsätzen dieser Klagen hier gegen den Erben versagen, wenn dem Erben nicht ein dolus vorgeworfen werden kann. Und selbst wenn man mit der Annahme eines dolus hier sehr weit gehen würde, so daß es auch ein Verhalten umfaßte, welches strenge genommen sich bloß als lata culpa darstellt, insbesondere, wenn der Erbe über die vermachte Sache selbst verfügt hat,[82]) so würden doch noch genug Fälle übrig bleiben, in denen man auch damit nicht zum Ziele gelangte. War die Sache selbst noch erweislich vorhanden, und, was darin zugleich liegt, ihr Aufenthaltsort bekannt, so war der Legatar durch die rei vindicatio hinreichend gesichert. Denn es ist nicht unwahrscheinlich, daß man im Hinblick auf die beim Vindicationslegat vorhandene Vermächtnißobligation (oben S. 36 ff.) hier für die Vindication nicht an dem Erfordernisse des Besitzes in der Person des Erben festhielt, sondern sie auch dann gewährte, wenn er durch seine Schuld den Besitz der vermachten Sache verloren hatte, und ihn so zur Herbeischaffung und Herausgabe der Sache arbitratu iudicis anhielt. Aber da hätte doch immer der Legatar sein Eigenthum, also die Existenz der Sache beweisen müssen. Wie

lationsschuld hervor, da einerseits der Stipulator, auch wenn die geschuldete Sache ohne Schuld des Promissor fortgekommen ist, auf Leistung klagen kann, und da andererseits letzterer nur für den durch seine Thätigkeit (suo facto) bewirkten Untergang der Sache haftete. Sie findet aber schließlich ihre Erklärung darin, daß der in Anspruch genommene Schuldner den Untergang der Sache zu beweisen hat.

82) Vgl. etwa die später ausführlich zu besprechende l. 9 §. 4 D. ad exhib. 10, 4.

nun aber, wenn gerade über die Existenz derselben Ungewißheit herrschte? Sollte hier der Legatar um seinen Vermächtnißanspruch gebracht sein? Mag dies auch immerhin dem Standpunkt des älteren Rechts entsprechen, so werden wir doch kaum mit der Annahme fehlgreifen, daß im ausgebildeten klassischen Recht der Erbe hier mit der persönlichen Klage aus dem Testament haftete. Es kann ja keinem Zweifel unterliegen, daß das Verhalten des Erben, wodurch die vermachte Sache verbracht worden ist, dem Vermächtnißwillen des Erblassers, der auf die Verschaffung der Sache gerichtet war, widerspricht. Da nun durch die Schuld des Erben die direkte Zuwendung der Sache an den Legatar vereitelt worden ist und er damit die ihm als Beschwerten aus dem Vermächtniß obliegende Verpflichtung verletzt hat, kann der Wille des Erblassers nur in der Weise verwirklicht werden, daß der dingliche Vermächtnißanspruch sich in einem persönlichen verwandelt und der Erbe dem Legatar mit act. ex testamento haftet, die Sache zu verschaffen oder Schadensersatz zu leisten.

Gehen wir jetzt auf den Fall über, wenn die vermachte Sache ohne Schuld des Erben verschwunden ist. Hier haftet er nicht unbedingt auf den Werth der Sache, wie der Schuldner in der Stipulation, sofern dieser nicht den unverschuldeten Untergang der Sache nachweist.[83]) Ebenso

83) Diese Verschiedenheit hat schon Donellus comment. iur. civ. l. XVI. c. 6. n. 2—4 scharf hervorgehoben. Dagegen erklärt sich Mommsen a. a. O. S. 33 fg., indem er sich gerade auf die Analogie der Bestimmungen beim Damnationslegat beruft, um darzuthun, daß auch der Stipulationsschuldner durch unverschuldeten Verlust der faktischen Disposition über die Sache befreit werde. Daß dieser Schluß unzulässig ist, liegt auf der Hand, da das Damnationslegat, obwohl es gleichfalls eine stricti iuris

wenig wird er, wenn ihm die Sache etwa durch Diebstahl entzogen worden ist, schon durch Abtretung der zuständigen Klagen befreit, wie der Schuldner in bonae fidei Contracten, namentlich der Verkäufer. Vielmehr ist er dem Vermächtnißnehmer zur Cautionsleistung (durch nuda repromissio) in betreff eventueller Restitution der Sache verbunden. Der innere Grund dieser abweichenden Behandlung ist nicht etwa bloß darin zu suchen, daß es sich beim Vermächtniß um eine unentgeltliche Zuwendung handelt — denn auch dann, wenn schenkungshalber promittirt wäre, würden doch die bei der Stipulation überhaupt geltenden Grundsätze Anwendung finden —, er liegt vielmehr in der besonderen Natur der Vermächtnißobligation.

Bei der Stipulation einer Sache ist nämlich der Schuldner allemal schlechthin zum dare verpflichtet; er soll dem Gläubiger die Sache leisten (also das Eigenthum und zugleich die thatsächliche Herrschaft verschaffen), gleichviel ob sie ihm selbst gehöre und er sie in seinem Besitze habe oder nicht. Ganz anders beim Vermächtniß. Handelt es sich

obligatio begründet, doch in seinen Wirkungen sehr erheblich von der Stipulation abweicht. Auch scheint Mommsen sich die innerliche Verschiedenheit der durch Stipulation und durch Damnationslegat dem Schuldner auferlegten Verpflichtung nicht klar gemacht zu haben. Mit dem Quellenbeweis sieht es freilich — für und wider — mißlich aus, da die überhaupt in Betracht kommenden Stellen nicht entscheidend sind. Die l. 86 und l. 67 §. 5 D. de furt. 47, 2 werden von Mommsen selbst aufgegeben. Zur Noth könnte man für die hier vertretene Auffassung l. 13 eod. anführen, wenn es nicht bedenklich wäre, aus einer dem Sinne nach dazu mehrdeutigen Motivirung oder Begrenzung einen Rechtssatz abzuleiten. Vgl. über diese Stellen §. 1526. c. Gegen Mommsen vgl. auch Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 278. Anm. 13.

hier um eine Nachlaßsache oder eine eigene Sache des Erben, so geht seine Verbindlichkeit im Sinne des Erblassers darauf, daß er diesen ihm gehörigen Gegenstand dem Vermächtnißnehmer gebe, also sein Eigenthumsrecht und seinen Besitz übertrage.[84]) Bildet aber den Gegenstand des Vermächtnisses eine fremde Sache, so ist dem Erben die Verpflichtung auferlegt, diese Sache vom Eigenthümer zu erwerben und demnächst zu leisten. Es ist somit klar, daß in beiden Fällen der Vermächtnißnehmer die Leistung der Sache nicht fordern kann, wenn sie ohne Verschulden des Belasteten sich nicht vorfindet. Andererseits aber darf man nicht außer Acht lassen, daß der Wille des Vermächtnißgebers entschieden dahin geht, daß der Erbe dem Legatar die Sache, so weit es an ihm liegt, verschaffe, also ihm das Haben derselben durch seine positive Thätigkeit ermögliche. Er leistet daher der Anordnung des Erblassers noch nicht damit Genüge, daß er die ihm zuständigen Rechtsmittel dem Vermächtnißnehmer abtritt und es ihm im Uebrigen überläßt, die Sache selbst aufzusuchen und sich zu holen, wo er sie finde, sondern er ist durch die Verfügung des Vermächtnißgebers und gemäß dem Willen desselben verpflichtet, das Seinige zu thun, damit der Legatar die Sache auch wirklich erlange.[85]) Diese Verpflichtung findet ihren Ausdruck

84) Die hervorgehobene Verschiedenheit zwischen Vermächtniß und Stipulation tritt namentlich auch scharf hervor in dem später (§. 1526 f.) zu besprechenden Falle, wenn der zur Leistung Verpflichtete ohne seine Schuld das Recht an der zu leistenden Sache z. B. durch Ersitzung verloren hat. Mommsen müßte hier consequent Vermächtnißforderung und Forderung aus der Stipulation völlig gleich behandeln.

85) Vgl. l. 39 pr. D. de legat. I. unten S. 163.

in der letzterem zu leistenden Caution, die wir nunmehr näher ins Auge fassen.[86])

In der angeführten l. 47 §. 2 wird nur von einer cautio de restituendo gesprochen und hiernach wie auch nach dem Schlußsatze des §. 3 derselben Stelle könnte man annehmen, das Versprechen des Erben sei in der That nur auf Herausgabe oder Leistung der vermachten Sache (hier des flüchtigen Sklaven), falls sie in seine Gewalt käme, gerichtet gewesen. Man darf nicht sagen, daß eine solche Caution für den Legatar keinen Werth gehabt hätte. Denn zunächst war in ihr, wenn der Erbe sie, ohne es zur Klage kommen zu lassen, leistete, eine Anerkennung des Vermächtnisses zu finden. Sodann aber trat ihre praktische Bedeutung besonders hervor, wenn sie auf erhobene Vermächtnißklage vom Judex dem Erben auferlegt war. Machte der Legatar seine Forderung mit act. ex testamento in unserem Falle geltend, so mußte an sich Freisprechung des Beklagten erfolgen und ersterer hätte infolge der Consumtion des Klagerechts seinen Anspruch gegen den belasteten Erben ein für allemal verloren (auch wenn die Sache wieder in die Hände des letzteren gelangt wäre), hätte er nicht

86) Ist die im Texte vertretene Auffassung begründet, so wird die Annahme, daß auch beim Vindicationslegat Cautionsstellung beansprucht werden konnte, kaum abzuweisen sein: wobei sonst ganz dahingestellt bleiben mag, ob der Legatar durch rei vindicatio oder act. ex testamento den Erben zur Caution nöthigen konnte. Beim weggelaufenen Sklaven hätte sich für die rei vindicatio — wenigstens in unserem Falle — möglicherweise eine Grundlage in dem am fugitivus als fortbestehend angenommenen Besitze geboten. (Vgl. l. 5 §. 6 D. ad exhib. 10, 4). Auf l. 21 D. de R. V. 6, 1. kann man sich selbstverständlich nicht berufen, da diese Stelle von der Flucht des vindicirten Sklaven nach der Litiscontestation handelt.

in der auf Herausgabe der Sache gerichteten Stipulation einen neuen Klagegrund gehabt. Da nun die Freisprechung des Beklagten nur nach Leistung des Versprechens erfolgte, so war dem Legatar die künftige Geltendmachung seines Anspruches gesichert.

Indessen die Caution beschränkte sich auf das Versprechen der bloßen Leistung der Sache im Falle ihrer Erlangung nur dann, wenn eine fremde Sache den Gegenstand des Vermächtnisses bildete;[87]) sonst mußte der Erbe sich noch verpflichten für die Wiedererlangung und Herbeischaffung der Sache Sorge zu tragen. Es handelt sich hier mithin immer um eine cautio de persequendo vel reducendo et restituendo.[88]) Der Inhalt dieser officio iudicis zu

87) Der nähere Inhalt der Caution in diesem Falle wird in l. 47 §. 2 cit. angegeben: cavebit autem sic, ut si fuerit apprehensus, aut ipse aut aestimatio praestetur. Das Versprechen ist also alternativ auf Leistung der Sache oder ihres Werthes gerichtet; das letztere natürlich nur unter der Voraussetzung, daß die Sache vom Eigenthümer nicht erstanden werden könne. Vom alternativen Vermächtniß handelt §. 3 ibid. Danach muß der Onerirte, wenn nur einer von den beiden alternativ vermachten Gegenständen weggekommen (z. B. einer der Sklaven entlaufen) ist, sofort entweder den verbliebenen Gegenstand oder den Werth des nicht zur Stelle befindlichen leisten. Sind beide Gegenstände verschwunden, so ist auch die Stipulation alternativ zu fassen. Der Schlußsatz des §. 3 kann keine Schwierigkeit machen, wenn man nur, wie es auch in der Th. Mommsen'schen Ausgabe geschehen ist, richtig interpungirt: sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut, „si in potestate ambo redirent," sed „si vel alter," et „vel ipsum vel absentis aestimationem praestandam." Der Erbe hat also zu promittiren, daß er, wenn einer der Sklaven zurückkehrt, diesen selbst, oder den Werth des abwesenden leisten werde.

88) Der ungenaue Ausdruck „cavere de restitutione servi"

leistende Stipulation wird uns auch von Gajus in l. 69 §. 5 D. de legat. I. (oben S. 154. Anm. 80) überliefert: der Erbe verspricht „eam rem persecuturum et, si nactus sit, legatario restituturum.“ [89]) Es darf übrigens nicht unbeachtet bleiben, daß es sich in dieser Stelle um eine Sache, deren Existenz selbst ungewiß ist, handelt. War der Ort, wo der flüchtige Sklave sich aufhielt, bekannt, so pflegte die Caution auch direkt auf das reducere gerichtet zu werden.

Die uns beschäftigende Caution steht in engem Zu-

in l. 47 §. 2 cit. hat zu Mißverständnissen Veranlassung gegeben, die sich schon in der Glosse finden. So meint insbesondere die Gl. ad l. 8 pr. D. de legat. II., daß, wenn der Sklave ohne Schuld des Erben flüchtig geworden sei, dieser nur de restitutione zu caviren brauche, während er, wenn ihn eine Schuld treffe, nach der Wahl des Legatars entweder die aestimatio oder die cautio de reducendo leisten müsse. Vgl. dagegen Cujacius in Recitt. in tit. D. de legat. ad l. 8 cit. und ad l. 39 pr. de legat. I. Wenn es in l. 8 pr. cit. (Paul.) heißt: Si quis servum heredis vel alienum legaverit et is fugisset, cautiones interponendae sunt de reducendo eo, also dem Erben auch beim Vermächtniß eines fremden Sklaven die cautio de reducendo auferlegt wird, so werden wir es hier mit einer bloßen Incorrectheit des Ausdruckes zu thun haben; jedenfalls steht dies nicht im Einklang mit dem, was wir aus l. 47 §. 2 cit. (Anm. 87.) wissen, und scheint auch der ratio zu widersprechen.

89) Fast gleichlautend ist die Caution in l. 25 §. 3 D. sol. matr. 24, 3. vgl. ferner l. 21 §. 3 D. de aed. ed. 21, 1. l. 21 D. de R. V. 6, 1. l. 21 §. 3 D. de evict. 21, 2. l. 14 §. 11 D. qu. met. 4, 2. l. 4 §. 7 D. de doli exc. 44, 4. l. 5 §. 2 D. de cond. ca. dat. 12, 4. l. 5 §. 4 D. ad exhib. 10, 4. Ueber die ganze Caution vgl. auch Cujacius in Recitt. in tit. D. de R. V. ad l. 21 cit., Observationes l. 27 c. 28.

sammenhange mit dem römischen Prozeß und muß heute als veraltet gelten, womit natürlich der Rechtssatz, daß der Belastete für die Ermittelung und Herbeischaffung der Sache Sorge zu tragen hat, nicht aufgehoben ist.

Praktisch spitzt sich Alles in die Frage zu, wer die Kosten der Herbeischaffung des vermachten Gegenstandes zu tragen habe. Darauf geben uns die Quellen eine ganz klare Antwort in l. 8 pr. D. de legat. II.:

Paulus l. 9. ad Plautium. — si quidem vivo testatore fugerit, expensis legatarii reducitur, si post mortem, sumptibus heredis.[90])

Und ganz übereinstimmend erklärt Africanus in l. 108 pr. de legat. I.:

Si servus legatus vivo testatore fugisse dicatur, et impensa et periculo eius cui legatus sit reddi debet: quoniam rem legatam eo loco praestare heres debeat, in quo a testatore sit relicta.

Also wenn der vermachte Sklave bereits bei Lebzeiten des Erblassers davongelaufen ist, so fallen die Kosten der Wiederherbeischaffung dem Vermächtnißnehmer, sonst dem Erben zur Last. Dasselbe muß man auch bei anderen Vermächtnißgegenständen annehmen, so daß der Erbe stets

90) Es ist in hohem Grade befremdlich, daß nach Paulus diese Unterscheidung auch platzgreifen soll, wenn der flüchtige Sklave einem Dritten gehört. Macht man sich in diesem Falle die thatsächliche Gestaltung des Verhältnisses nach allen Seiten hin klar, so wird man finden, daß ein Anspruch des Erben gegen den Legatar auf Ersatz der in Rede stehenden Kosten hier überhaupt gar nicht in Frage kommen kann. Wir können den Juristen kaum von einer kleinen Gedankenlosigkeit freisprechen, wenn er zu „servum heredis“ noch „vel alienum“ hinzusetzte (vgl. Anm. 88), falls dieser Zusatz nicht etwa gar ein späteres Glossem ist.

die Kosten zu tragen hat, wenn sich die vermachte Sache beim Tode des Erblassers im Nachlaß befand. Daß auch die Gefahr des Rücktransportes demgemäß in dem einen Fall den Erben, in dem anderen den Vermächtnißnehmer treffe, darf daraus freilich noch nicht gefolgert werden.

Von der Flucht des Sklaven nach dem Tode des Erblassers muß auch verstanden werden l. 39 pr. D. de legat. I.:

Ulpianus l. 21. ad Sabinum. Cum servus legatus in fuga esset vel longinquo absens exigatur, operam praestare heres debet, ut eam rem requirat et praestet: et ita Julianus scribit. Nam et sumptum an [91]) in hanc rem facere heres deberet, Africanus libro vicesimo epistularum apud Julianum quaerit [92]) putatque sumptum praestandum, quod et ego arbitror sequendum.

Jedenfalls können wir hieraus entnehmen, daß über die Frage bei den römischen Juristen anfangs Zweifel bestanden und sich erst durch die Autorität Julians der Grundsatz befestigte, daß die Herbeischaffung der vermachten Sache auf Kosten des Erben zu geschehen habe. Es ist damit nur die auch bei Stipulationen geltende allgemeine

91) Krüger emendirt: num et sumptum.

92) Ob, wie auch Krüger Geschichte d. röm. Rechts S. 179 meint, das Citat auf ein Werk des Africanus hinweise, steht doch noch dahin. Denn was sollte das „apud Julianum" bedeuten? Etwa daß Julian die in den epistulae Africani enthaltene Aeußerung desselben referire? Es möchte eher an eine Note des Africanus oder eine in den epistulae Juliani enthaltene Anfrage des ersteren zu denken sein. (Ob nicht vielleicht auch epistulae Juliani von African in seinen quaestiones verarbeitet sein mögen?)

Regel für die Vermächtnißforderung anerkannt.[93]) Wenn im Falle der bei Lebzeiten des Erblassers stattgefundenen Entweichung des Sklaven die Kosten auf den Vermächtnißnehmer übergehen, so ist dies eine Besonderheit der Vermächtnißforderung, die sich aus dem Grundsatz erklärt, daß die vermachte Sache, so wie sie und da wo sie beim Tode des Erblassers sich befindet, geleistet werden müsse.[94]) Darin liegt aber zugleich, daß man, wenn aus den obwaltenden Umständen ein anderer Wille des Vermächtnißgebers ersichtlich ist, auch im letzteren Falle dem Erben die Kosten wird aufbürden müssen. So wenn schon zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses die Sache, wie der Erblasser selbst wußte, aus seinem Gewahrsam gekommen war und das Vermächtniß gerade auf die Verschaffung der Sache gerichtet ist.[95])

Wie ist nun aber die Verpflichtung des Erben, die Sache auf eigene Kosten herbeizuschaffen, falls sie erst nach dem Tode des Erblassers fortgekommen ist, mit dem in l. 47 pr. D. de legat. I. und l. 38 D. de iud. 5, 1.

93) Derselbe Grundsatz fand dann sicher auch beim Vindicationslegat Anwendung.

94) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 222. 296. Anm. 13: „es wird angenommen, daß der Testator die Sache dem Vermächtnißnehmer in der Weise, wie er sie selbst gehabt," — „diejenigen Vortheile in Ansehung des Vermächtnißgegenstandes, welche er selbst hatte" habe zuwenden wollen. Diese Formulirung würde aber beim Vermächtniß einer Sache des Erben nicht zutreffend sein.

95) So wenn der Erlasser angeordnet hätte, der Erbe solle die betr. Sache geben u. dgl. Den Fall, daß der Sklave schon zur Zeit der Testamentserrichtung flüchtig war, hebt schon die Gl. exigatur ad l. 39 pr. cit. hervor, welche hier regelmäßig den Erben die Kosten tragen läßt.

ausgesprochenen Grundsatze zu vereinigen,[96]) daß der Erbe die an einen anderen Ort gerathene Sache da, wo sie sich befindet zu leisten hat, wenn sie von ihm ohne Arglist z. B. ohne Kenntniß vom Vermächtniß dorthin gebracht ist:[97]) wobei offenbar von einer Verpflichtung des Erben, die Kosten der Zurückschaffung zu tragen, nicht die Rede sein kann? Man sollte doch meinen, daß dasselbe in dem Falle gelten müßte, wenn die Sache nicht durch eine eigene Handlung des Erben und ohne seine Schuld an den anderen Ort gelangt ist. Man könnte sich versucht fühlen, in den Stellen, welche dem Erben die Kosten aufbürden, eine Verschuldung desselben vorauszusetzen, das wäre aber eine ganz willkürliche Supposition; vielmehr verhält es sich folgendermaßen.

Ist es noch ungewiß, wo sich die nach dem Tode des Erblassers weggekommene Sache befinde, und damit zugleich, ob sie überhaupt noch vorhanden sei, so muß der belastete Erbe eine positive Thätigkeit auf die Wiedererlangung der Sache verwenden und hat, wenn er sie dem Legatar verschafft, keinen Anspruch auf Ersatz der ihm erwachsenen Kosten, während ihm ein solcher allerdings zuständig wäre, wenn die Sache bereits bei Lebzeiten des Erblassers verschwunden war.[98]) Ist dagegen nach dem Tode des Erb-

96) Diese Schwierigkeit hat z. B. Cujacius in Recitt. in tit. D. de leg. I. ad l. 39 pr. u. ad l. 47 pr.; tract. V. ad Africanum in l. 108 pr. cit. vollständig übersehen.

97) Darüber ist später (§. 1526. g.) bei Erörterung des Ortes der Leistung ausführlicher zu handeln.

98) Dieser Anspruch wird mittelst Retention der Sache gegen den sie einfordernden Vermächtnißnehmer geltend gemacht. Wie aber, wenn die Sache trotz der darauf verwendeten Kosten nicht gefunden wird? Hatte sich der Erbe nicht von vornherein Erstattung der erwachsenden Kosten promittiren lassen, so würde die actio mandati bezw. act.

lassers die Sache an einen anderen Ort hingerathen, ohne daß den Erben ein Vorwurf trifft, ist es also gewiß, daß sie sich dort befindet, so steht nichts entgegen, daß der Vermächtnißnehmer sie dort in Empfang nehme. Will er dies nicht, so mag er selbst Kosten und Gefahr der Zurückschaffung tragen, während dieselben dem Erben zur Last fallen, wenn er die Schuld an der Ortsveränderung trägt. Sehr leicht möglich ist es bei alledem, daß wenn es sich um einen entflohenen Sklaven handelt, der Erbe stets die Kosten der Einfangung und Zurückbeförderung zu tragen hatte, selbst wenn der Aufenthaltsort desselben bekannt war.

§. 1526. c.

Unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung. Delikte Dritter in Beziehung auf die vermachte Sache.

Die Leistung des vermachten Gegenstandes kann durch einen Dritten dem Belasteten ganz oder theilweise unmöglich gemacht werden. So wenn er von diesem vernichtet oder beschädigt, gestohlen oder an einen unzugänglichen Ort weggebracht ist. Trägt hier der Belastete selbst die Schuld, indem er nicht die ihm obliegende Sorgfalt auf die Bewahrung der Sache verwendet, oder indem er dieselbe in Widerspruch mit seiner Verbindlichkeit einem Anderen an-

negotiorum gestorum platzgreifen. Umgekehrt würde im ersten Falle (wenn die Sache nach dem Tode des Erblassers fortgekommen war) der Legatar, welcher bei Säumigkeit des Erben die Aufsuchung und Herbeischaffung der Sache selbst übernommen hat, auf Ersatz der Kosten ebenfalls mit act. negotiorum gestorum oder auch act. ex testamento klagen können.

vertraut oder übergeben hatte, so ist er auch für den Schaden verantwortlich und kann von dem Vermächtnißnehmer auf das Interesse in Anspruch genommen werden. Es fragt sich nur, ob der Belastete, wenn ihn keine Schuld trifft und er somit auch von der Verpflichtung zur Leistung befreit wird, wenigstens gemäß dem bei anderen Schuldverhältnissen anerkannten Grundsatze [1]) verpflichtet bleibe, das, was er als Ersatz für den entzogenen Vermächtnißgegenstand empfangen hat, herauszugeben, oder den für ihn begründeten Ersatzanspruch abzutreten, so daß hier die Vermächtnißobligation mit einem anderen Inhalt fortbestünde.

Es wird sich empfehlen, hier zwischen Vernichtung oder Beschädigung und Entziehung der Sache zu unterscheiden. Im Uebrigen aber kann es keinen Unterschied machen, ob das die völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung herbeiführende Verhalten des Dritten als eine an sich unerlaubte Handlung, oder als Verletzung der ihm dem Onerirten gegenüber obliegende Verbindlichkeit sich darstellt, ob also der letzterem zustehende Ersatzanspruch ein Deliktsanspruch oder ein mit der bezüglichen Klage (z. B. actio commodati, depositi, locati, mandati) geltendzumachender Restitutionsanspruch ist. [2]) Andererseits wird es nöthig

1) Windscheid Pandekten II. §. 264. Anm. 6. Mommsen Beiträge z. Obl.R. I. S. 297 fg. Erörterungen aus d. Obl.R. I. S. 46 fg.

2) Letzterenfalls ist natürlich vorausgesetzt, daß der Belastete nicht schon durch die Verfügung über die Sache seiner Verbindlichkeit zuwidergehandelt hat. So wenn er ohne Kenntniß von dem Vermächtniß die Sache verleiht u. s. w., oder wenn sie sich schon aus der Zeit vor der Entstehung der Vermächtnißobligation beim Dritten befand, oder wenn die vermachte Sache gerade im Interesse des Vermächtnißnehmers demselben anvertraut, z. B. die Sache zur Reparatur, das kranke Thier zur Pflege übergeben ist u. dgl. m.

sein, nicht bloß die nach Entstehung der Vermächtnißforderung eintretende, sondern auch die schon vorher begründete Unmöglichkeit der Leistung in Betracht zu ziehen.

I. Was die Vernichtung und Beschädigung des Vermächtnißgegenstandes anbetrifft, so beziehen sich die Aussprüche der Quellen in ihrem ursprünglichen Sinne einzig auf das Vindicationslegat. Da hier das Eigenthum der vermachten Sache dem Legatar mit Antritt der Erbschaft erworben wird, so ist es selbstverständlich, daß diesem auch die actio legis Aquiliae zustehen muß, wenn das Delikt nach dem Erbschaftsantritt begangen ist.[3])

l. 13 §. 3 D. ad l. Aquil. 9, 2. Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliae actionem legatario, si vel[4]) post mortem servi agnovit legatum: quod si repudiavit consequens esse ait Julianus dicere, heredi competere. (Ulpianus l. 18 ad Edict.)

Nur dies ist bemerkenswerth, daß nach dem Untergange der Sache (hier dem Tode des Sklaven) das Vermächtniß noch ausgeschlagen werden kann, wie auch in l. 34. l. 36

3) Ueber die ganze Frage handelt ausführlich Suarez in comment. ad l. Aquil. l. I. c. 5. sect. 1. 2. (in Meermanni Thes. II. p. 59 sqq.) Noodt l. sing. ad l. Aquil. c. XI. (Opp. I. p. 136 sqq.) und vor Allem Pernice Sachbeschädigung S. 186 fg.

4) S. liest Th. Mommsen, während in der Florentina (womit auch die Basiliken übereinstimmen) si non steht. Diese Emendation hat auch bei Pernice a. a. O. S. 188 und Arndts in diesem Comment. Th. 48. S. 313 fg. Beifall gefunden. Will man die lectio Florentina beibehalten, so wird man vor agnovit noch ein non einschieben müssen. Es läge dann hier einer der Fälle vor, in welchen „der Legatar den Erwerb bethätigen und also zeigen muß, daß er Legatar sein will“ (Brinz, Pand. III. S. 414).

pr. eod.[5]) anerkannt ist. Aber die dagegen erhobenen Bedenken[6]) sind ungegründet, wenn man eben beachtet, daß das Vermächtniß kraft Rechtens dem Legatar erworben wird. Macht doch die Repudiation den eingetretenen Erwerb rückgängig, perinde ac si legatum non esset. Würde es einer positiven Annahmeerklärung zum Erwerbe des Vermächtnisses bedürfen, wie die Proculianer verlangten, so könnte eine solche allerdings nach dem Untergange der Sache nicht mehr erfolgen und dem Legatar die actio l. Aquiliae verschaffen. Ganz folgerichtig giebt daher Paulus auch die Klage, wenn der Erbe selbst die vermachte Sache vernichtet.

l. 14 eod. Sed si ipse heres eum occiderit, dictum est dandam in eum legatario actionem. (Paul. l. 22. ad Edict.)[7])

Wie nun, wenn zugleich ein Contractsverhältniß zwischen dem Erben und dem Dritten, der die Sache vernichtet oder beschädigt, bestünde? Gesetzt der Erblasser oder

5) Marcellus l. 21. Digest. Titio et Seio Stichum legavit, deliberante Seio Stichus occisus est, deinde Seius repudiavit legatum: perinde Titius agere possit, ac si soli legatus esset; nam sicut repudiante legatario legatum heredis est actio perinde ac si legatus non esset, ita huius actio est ac si soli legatus esset.

6) So meint Suarez l. c. sect. 1. nr. 8 sqq., durch den Untergang der Sache sei das Vermächtniß erloschen, mithin sei jetzt Annahme und Ausschlagung desselben gleich unmöglich.

7) Ganz verkehrt ist die Interpretation, welche Suarez l. c. nr. 31 sqq. giebt. Der Sklave sei getödtet worden zwar nach dem Erbschaftserwerbe, aber vor der Annahme des Vermächtnisses. Obwohl demnach das Vermächtniß nicht erworben sei, so hafte der Erbe dennoch: „nam servus legatus odio heredis fingitur vivere.“

auch der Erbe hätte ihm die Sache vermiethet, geliehen oder bei ihm deponirt. Sicher würde dann dem Erben die Contractsklage an sich verbleiben, während der Legatar den Dritten aus dem Delikt der Sachbeschädigung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen könnte. Während also, wenn der Gläubiger in dem Contrakt zugleich der Eigenthümer ist, in einem solchen Falle eine sog. Klagenconcurrenz eintritt, so daß, nachdem die Befriedigung des Anspruches mit der einen Klage erlangt ist, die andere nicht mehr, oder wenigstens nicht in vollem Umfange angestellt werden kann:[8]) werden hier zwei selbständige Ansprüche neben einander stehen.[9]) Daß nun aber dem Thäter hier nicht eine doppelte Haftung aufgebürdet werden darf, liegt auf der Hand. Und ebenso würde es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn zuerst der Legatar mit der act. l. Aquiliae Schadensersatz erlangt hat, der Erbe mit der Contractsklage nichts mehr erreichen wird. Auch könnte letzterer wohl nur dann durchdringen, wenn er dem Beklagten für den Fall der Inanspruchnahme seitens des Legatars Sicherheit leistete, also sich zur Herausgabe des Empfangenen oder zur Defension gegenüber der Klage des Legatars verpflichtete.[10]) Hatte der Dritte dem Erben freiwillig Ersatz geleistet, so würde

8) z. B. l. 34 §. 2 D. de O. et A. 44, 7. l. 47—50 D. pro socio 17, 2. l. 43 D. locati 19, 2. l. 18 D. ad. l. Aquil. 9, 2.

9) Ob überhaupt stets, wenn die vom Nichteigenthümer anvertraute Sache vom Schuldner vernichtet wird, die Contractsklage fortbestehe, kann füglich bezweifelt werden, da ein Interesse des Gläubigers hier häufig unbegründbar ist. Unser Fall ist aber darin besonders geartet, daß bei erfolgender Repudiation des Vermächtnisses sich ergiebt, daß der Erbe Eigenthümer ist.

10) arg. l. 13. 58 D. de R. V. 6, 1. l. 7 §. 1 D. commod. 13, 6.

sich ihm die condictio sine causa behufs Rückforderung der gemachten Leistung darbieten. Eine solche würde allerdings nicht stattfinden können, wenn der Contractsschuldner nach ergangener Condemnation, indem er von dem Vermächtniß keine Kenntniß hatte, geleistet hätte; jedoch könnte ihm dann, wenn der Erbe das Vermächtniß arglistigerweise verschwiegen hatte, die actio doli nicht versagt werden.

Ist noch vor Antritt der Erbschaft die vermachte Sache von einem Dritten zerstört, so geht die der Erbschaft erworbene act. leg. Aquiliae mit jener auf den Erben über. Durch die Vernichtung der Sache ist hier das Vermächtniß selbst untergegangen.[11]) Es genügt auf die Ausführung Ulpians in l. 13 §. 2. l. 15 pr. D. ad l. Aquil. 9, 2 zu verweisen:

> Si servus hereditarius occidatur, . . adita hereditate heres poterit experire. — Huic scripturae consequens est dicere,[12]) ut, si ante aditam hereditatem occidatur legatus servus, apud heredem remaneat Aquiliae actio per hereditatem adquisita.

Dem Legatar ist hier eine Klage gegen den Thäter nicht zuständig, da er nie Eigenthümer war, und ebenso wenig kann er die Abtretung der Klage vom Erben verlangen. Nicht anders wäre zu entscheiden, wenn die unter einer Bedingung vermachte Sache während Schwebens der Bedingung vernichtet wird. Wie sich damit die Haftung des Erben für den durch ihn selbst bewirkten Untergang der Sache vereinigen läßt, werden wir später sehen.[13])

11) Dadurch scheinen die Bedenken, welche Brinz Pand. III. §. 427. Anm. 44 geltend macht, sich zu erledigen.

12) Diese Wendung muß auf die ganze vorangehende Erörterung, nicht bloß auf l. 13 § 3, woran l. 15 unmittelbar sich anschließt, bezogen werden.

13) Vgl. §. 1526. d. unter III. A.

Anders verhält es sich, wenn eine Beschädigung der Sache stattgefunden hat. Denn Ulpian fährt in der eben angeführten l. 15 pr. fort:

Quod si vulneratus sit ante aditam hereditatem, in hereditate quidem actio remansit, sed cedere ea legatario heredem oportet.

Der Erbe muß also die ihm zuständige act. l. Aquiliae dem Legatar cediren. Dies findet seine Rechtfertigung darin, daß diese Klage für die Person des Erben erst mit dem Erwerbe der Erbschaft, also in demselben Zeitpunkte, in welchem das Eigenthum auf den Legatar übergeht, begründet wird.[14]) Die Klage, mit welcher die Cession verlangt werden kann, ist uns nicht genannt. An sich könnte diese Cession mit zu der arbitratu iudicis zu bewirkenden

14) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 303. Anm. 30, welcher die act. l. Aquiliae hier nur als eine „Accession" des vermachten Gegenstandes ansieht, wie auch schon Voet comment. ad Pandect. l. 30—32 nr. 54. — Uebrigens läßt sich ein Dilemma nicht in Abrede stellen. Der Legatar kann die act. l. Aquil. nicht haben, weil er zur Zeit der Beschädigung nicht Eigenthümer war. Für den Erben aber ist sie eigentlich unbegründet, weil in dem Moment, wo sie ihm zustünde, der Legatar bereits Eigenthümer ist, und ferner weil er keinen Schaden erleidet. Andererseits wieder kann man ihm auch nicht die Klage absprechen, da ja die Ausschlagung des Vermächtnisses den Eigenthumserwerb des Legatars rückgängig macht. Die Cession der Klage ist ein Nothbehelf und dazu scheinbar noch ein ungeschickter; denn mit ihm soll der Legatar Ersatz eines Schadens erlangen, der für den cedirenden Erben nicht begründet ist. Indessen darf man dabei freilich nicht übersehen, daß die Klage einfach auf den Betrag der Werthminderung gestellt war. Eine utilis oder in factum actio des Legatars würde unbedenklicher sein. Vgl. die späteren Ausführungen in betreff der Diebstahlsklagen.

Restitution der vermachten Sache gehören. Und daran wird wohl auch Ulpian zunächst gedacht haben. Jedoch auch einer persönlichen Klage (act. ex testamento oder in factum) würde nichts entgegenstehen; wie ja allein mit einer solchen der Anspruch auf Cession verwirklicht werden könnte, wenn die Sache schon dem Legatar herausgegeben war, oder wenn ein Dritter sich im Besitze der Sache befindet und gegen ihn die Vindication gerichtet werden muß.

Auch hier wiederholt sich die Frage, wie bei einem bedingten Vermächtniß der Schadensersatzanspruch sich gestaltet, wenn während Schwebens der Bedingung, sei es vor oder nach Antritt der Erbschaft, der vermachte Gegenstand von einem Dritten beschädigt wird. Nach der Auffassung der Proculianer (Gaius II. §. 200) würde die act. l. Aquiliae hier selbst in der Schwebe sein. Nach der Lehre der Sabinianer müßte man dagegen sagen, daß sie inzwischen dem Erben zustehe. Ob derselbe aber auch hier in entsprechender Weise verpflichtet war, die Klage zu cediren oder die mit ihr erlangte Entschädigung dem Legatar herauszugeben, muß unentschieden bleiben. Wenigstens gewährt die Entscheidung Ulpians in unserer l. 15 pr. kein sicheres Argument. Indessen wenn man erwägt, daß mit Eintritt der Bedingung das Eigenthum nicht vom Erben, sondern direkt vom Erblasser auf den Legatar übergeht, und daß durch dieselbe Handlung, welche die Werthminderung des vermachten Gegenstandes bewirkt hat, die Vermehrung des Vermögens des Erben um die empfangene Entschädigungssumme, die als Aequivalent der letzteren erscheint, herbeigeführt worden ist, so spricht doch eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Verpflichtung des Erben, welcher sonst — wenigstens materiell — auf Kosten des Legatars bereichert wäre.

Bevor wir uns zum Damnationslegat wenden, mag noch ein Blick auf das Universalfideicommiß geworfen wer-

den. Schon von vorneherein kann man annehmen, daß es sich bei diesem umgekehrt wie beim Vindicationslegat verhalte. Ist vor Antritt der Erbschaft eine zu dieser gehörige Sache vernichtet oder beschädigt worden, so geht mit Restitution der Erbschaft die dieser erworbene aquilische Klage von selbst auf den Fideicommissar als utilis actio über. Hat dagegen die schädigende Handlung erst nach Antritt der Erbschaft stattgefunden, so ist der Erbe aus dem ihm auferlegten Fideicommiß verpflichtet, die ihm selbst erworbene Klage dem Fideicommissar abzutreten. Dies wird auch, wenigstens indirekt bestätigt durch l. 68 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1.

Paulus l. II. Fideicomm. Si damnum in servo hereditario [15]) datum sit, licet per servum hereditarium heredi competere actio coepit, [16]) non tamen transit legis Aquiliae actio ad fideicommissarium: hae enim actiones transeunt, quae ex bonis defuncti pendent.

Darüber, daß diese Stelle von einer nach dem Erbschaftserwerbe stattgefundene Schadenszufügung spricht, kann füglich kein Zweifel obwalten. [17]) Die Klage geht durch Restitution der Erbschaft deshalb auf den Fideicommissar nicht über — nicht etwa weil sie dem Erblasser noch nicht zustand, sondern — weil sie nicht zu dem dem Erben zugefallenen Vermögen des Erblassers gehört, [18]) da sie erst nach dem Antritt der Erbschaft begründet wurde. Daß

15) Das ist ein zu der zu restituirenden Erbschaft gehöriger Sklave.

16) D. h. obwohl der Erbe die Klage durch diesen der Restitution unterliegenden Sklaven und so aus der Erbschaft erworben hat.

17) Das hat schon Donellus comm. de iur. civ. l. VII. c. 25 nr. 17 und nach ihm noch ausführlicher Suarez l. c. sect. 2 (l. c. p. 61 sqq.) dargethan.

18) l. 19 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1 vgl. l. 28 §. 1 eod.

aber der Fideicommissar auch nicht Cession dieser Klage verlangen könne,[19]) ist damit nicht gesagt[20]) und es würde auch der Natur des Universalfideicommisses widersprechen. Denn da der Gegenstand desselben ein ganzes Vermögen ist, so wird auch was an die Stelle von Erbschaftssachen getreten ist, vorausgesetzt, daß für die Unmöglichkeit der Restitution derselben der Erbe nicht verantwortlich ist, der Herausgabe unterliegen müssen. Dies gilt auch von Schadensersatz- und Strafforderungen bezw. -leistungen, die der Erbe durch die Vernichtung oder Beschädigung von Erbschaftssachen erworben hat; ebenso wie er den aus dem nothwendigen Verkauf von Erbschaftssachen gelösten Preis bezw. die ihm zuständige actio ex empto dem Fideicommissar herausgeben oder abtreten müßte.[21])

Damit ist zugleich ausgesprochen, daß, was die uns beschäftigende Frage anbetrifft, ein Schluß von dem Universalfideicommiß auf das Damnationslegat und Singularfideicommiß, auf welches wir nunmehr übergehen, abgelehnt werden muß.

19) Wie Suarez l. c. meint.

20) So auch Pernice a. a. O. S. 189. Mommsen, Erörterungen S. 103. — l. 75 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1 gewährt hiefür freilich nur eine schwache Stütze.

21) arg. l. 55 D. de H. P. 5, 3. l. 23 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1. vbd. l. 33 §. 1 D. de H. P. 5, 3. Man kann auch den für die hereditatis petitio in l. 20 §. 3 eod. aufgestellten Grundsatz analog anwenden, wobei man freilich einerseits von den durch das SC. Iuventianum eingeführten Besonderheiten absehen muß und andererseits nicht vergessen darf, daß der Fiduciar das augmentum hereditatis, soweit es sich als Ertrag von Erbschaftssachen (fructus und Sklavenerwerb) darstellt, dem Willen des Erblassers zufolge behalten darf, l. 23 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1.

Dafür daß beim Damnationslegat in unserem Falle dieselben Grundsätze gelten, welche wir bei der Stipulation anerkannt finden, möchte allerdings der Umstand sprechen, daß beide eine stricti iuris obligatio erzeugten, die mit einer wesentlich gleich gestalteten Klage geltend gemacht wurde. Aber dabei darf doch nicht außer Acht gelassen werden, daß mit der Zeit bei der durch Damnationslegat begründeten Verpflichtung eine weit freiere, den Willen des Vermächtnißgebers berücksichtigende Auslegung platzgriff, als bei der Stipulation: eine Auslegung, welcher auch der im Uebrigen strenge Charakter der Klage nicht entgegenstand, da sie durch den Zusatz „ex testamento“ in der Intentio der Formula ermöglicht wurde. Auch hätte man, wenn überhaupt die Forderung des Legatars als der Billigkeit und zugleich der Absicht des Erblassers entsprechend anerkannt wurde, sich wohl hier so wenig wie in anderen Fällen an der Formel der Vermächtnißklage gestoßen, sondern, wo es nöthig erschien, mit utilis oder in factum actio dem gerecht und angemessen erscheinenden Anspruch zur Durchführung verholfen. Jedoch fehlt es in dieser Beziehung für den in Rede stehenden Fall an jeder Andeutung in den Quellen.

Völlig sichere Kenntniß haben wir in Betreff der Stipulation. Die Vernichtung der geschuldeten Sache durch einen Dritten befreit den Schuldner; er haftet auch in keiner Weise, wenn der promittirte Gegenstand durch einen Anderen beschädigt wird. In dem einen wie in dem anderen Falle wird aber für ihn die act. legis Aquiliae begründet, deren Abtretung von ihm nicht verlangt werden kann. Nur dann, wenn der Dritte arglistigerweise, in Kenntniß der bestehenden Verbindlichkeit die Sache vernichtet[22]) — und das Gleiche wird unzweifelhaft bei Be-

22) Glosse zur l. 18 §. 5 D. de dolo 4, 3: Et intellige quando me stipulantem voluit damno afficere occisor.

schädigung derselben angenommen werden müssen —, macht er sich dem Gläubiger wegen absichtlicher Schadenszufügung verantwortlich und haftet mit der actio doli. Und eben deswegen — also auch einzig in diesem Falle — wird dem Schuldner die ihm an sich zuständige aquilische Klage ver- versagt.[23])

Auf die Forderung aus dem Damnationslegat finden bei der Zerstörung der Sache jedenfalls dieselben Grundsätze Anwendung. Fraglich könnte es nur erscheinen, wie es sich im Falle der Beschädigung verhielt. Da hier die Klage auf Leistung der Sache (ex testamento dare opor-

Freilich ließe sich darüber noch streiten, ob nicht schon der rechtswidrige Vorsatz an und für sich (ohne Kenntniß der Verbindlichkeit) zur Begründung der act. doli genügte.

23) l. 18 §. 5 cit. Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem mihi in eum dandam plerique putant, quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur. (Paulus). Wesentlich übereinstimmend wird die Stelle von Pernice a. a. O. S. 208 fg. aufgefaßt. Unrichtig meinen dagegen Schneider, die subsidiären Klagen S. 194 fg. Mommsen a. a. O. I. S. 302 u. Andere, daß dem Schuldner die act. l. Aquil. überhaupt nicht zustehe, weil er durch den Tod des Sklaven von seiner Schuld befreit sei und somit durch die Handlung des Dritten keinen Schaden erlitten habe. Gewiß wird aber aus keinem anderen Grunde die aquilische Klage dem Schuldner versagt, als damit der Thäter nicht doppelt in Anspruch genommen werden könne. Dabei ist jedoch eine doppelte Haftung keineswegs immer ausgeschlossen. Denn wenn eine fremde Sache promittirt war und dieselbe von einem Dritten in der Absicht, den Gläubiger um seine Forderung zu bringen, vielleicht auch dem Schuldner zu Liebe, vernichtet wird, so würde der Thäter unfraglich mit act. l. Aquil. dem Eigenthümer und mit act. doli dem Gläubiger haften.

tere) bestehen bleibt,[24]) so würde an sich nichts der Annahme entgegenstehen, daß der Erbe der Verurtheilung auf den vollen früheren Werth der Sache nur dann entgehen konnte, wenn er außer derselben noch die ihm gegen den Verletzer zuständige Klage abzutreten bezw., was er mit derselben erlangt hatte, herauszugeben bereit war. Innerlich gerechtfertigt wäre diese Annahme entschieden beim Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen Sache. Denn daß der Erbe aus der Beschädigung eines Nachlaßgegenstandes, den er nach dem Willen des Vermächtnißgebers gar nicht in seinem Vermögen behalten sollte, selbst Gewinn ziehen könnte, während der Nachtheil den Legatar trifft, wäre befremdlich genug.[25]) Dies Resultat würde zudem nicht bloß mit der erblasserischen Absicht in Widerspruch treten, sondern auch zu einer seltsamen juristischen Incongruenz dann führen, wenn die vermachte Erbschaftssache noch vor Antritt der Erbschaft beschädigt wurde. Denn da hier dem Erben die Klage in demselben Moment erworben wird, im welchem für ihn die Verpflichtung zur Leistung der Sache entsteht, so wird man ersterem auch die Cession der Klage an den Legatar auferlegen müssen.[26]) Einer entgegengesetzten Entscheidung wäre der Vorwurf einer iniquitas et inelegantia iuris, deren sich die römischen Juristen hier schwerlich schuldig gemacht haben, kaum zu ersparen. Bildet dagegen den

24) l. 84 §. 4 D. de legat. I. — eum qui debilitatum ab herede servum acceperit, recte ex testamento agere.

25) Das würde freilich auch bei der Vernichtung der Sache zutreffen, aber hier war schon jeder Anspruch des Vermächtnißnehmers durch die Klageform des Damnationslegates von vornherein ausgeschlossen. Der Legatar bliebe also auf die actio doli beschränkt.

26) Durch denselben Grund wurde die Verpflichtung zur Klagabtretung beim Vindicationslegat gerechtfertigt, s. oben S. 172 bei Anm. 14.

Gegenstand des Damnationslegates eine eigene Sache des Erben, so fehlt für eine gleiche Cessionspflicht jeder Anhalt und der Legatar ist auf die act. doli gegen den Dritten verwiesen, soweit deren Voraussetzungen zutreffen.

Auf ein Damnationslegat muß auch bezogen werden l. 48 §. 1 D. de legat. I.

Pomponius l. VI. ad Sabin. Si unus ex heredibus servum legatum occidisset, omnino mihi non placet coheredem teneri, cuius culpa factum non sit, ne res in rerum natura sit.

Wenn einer der belasteten Erben die vermachte Sache vernichtet, so haftet nicht der schuldlose Miterbe, vielmehr — so werden wir im Sinne des Juristen ergänzen müssen — es ist gegen ersteren allein die Vermächtnißforderung auf das Ganze gerichtet. Der Satz scheint einfach genug. Schwerer ist es nur zu sagen, was für eine Bewandtniß es mit der entgegengesetzten Meinung habe, welche Pomponius so entschieden ablehnt. Demnach hätte, wenn durch den einen Miterben der Untergang der vermachten Sache herbeigeführt war, auch noch der andere gehaftet d. h. gegen ihn wäre ebenfalls die Klage auf Leistung nach Verhältniß seines Erbtheiles gegangen.[27]) Diese Meinung könnte vielleicht mit der Lehre von der perpetuatio obligationis im Zusammenhange stehen, bei deren Durchbildung ja auch Pomponius eine Rolle spielt.[28]) Da infolge der Handlung des einen belasteten Miterben ein „ex testamento dari oportere“ fortbesteht, so könne auch noch der

27) Völlig abzuweisen ist der Gedanke an eine in concreto stattfindende Correalverpflichtung der Miterben (worüber zu vergleichen der Comment. Th. 47. S. 218), wie aus l. 18 D. de duob. reis. 45, 2 (Pompon.) klar hervorgeht.

28) l. 91 §. 4 D. de V. O. 45, 1. Vgl. Pernice Labeo II. S. 108.

andere aus dem Vermächtniß in Anspruch genommen werden und diesem bleibe es überlassen, sich an den ersteren mittelst familiae erciscundae oder legis Aquiliae actio zu halten, durch deren Abtretung an den Legatar er sich zu befreien vermöge. Diese Deduktion mochte noch dadurch praktisch gerechtfertigt werden, daß der Miterbe, welcher die Sache zerstört hatte, immer nur zu seinem Erbtheile mit der act. ex testamento belangt werden könnte, sonst aber bloß mit der actio doli, soweit deren Voraussetzungen vorhanden waren, also insbesondere nur bei vorsätzlichem Handeln, haftete. Gleichviel; diese Auffassung wird in unserer Stelle verworfen, insofern eben den anderen Miterben nicht eine Schuld an dem Untergange des Gegenstandes trifft. So könnte man denn die l. 48 §. 1 als Belegstelle für den Satz anführen, daß der Legatar im Falle schuldhafter Vernichtung der vermachten Sache durch einen Dritten seinen Anspruch an den belasteten Erben völlig verliere, — wenn hier nur nicht der Dritte der Miterbe wäre und selbst als Vermächtnißschuldner in solidum haftete.[29])

29) Dies wird man, selbst wenn es aus den Quellen nicht nachgewiesen werden kann, nothwendig annehmen müssen. Wenn die in einer theilbaren Obligation von Mehreren gemeinschaftlich geschuldete Leistung durch einen der Schuldner unmöglich gemacht wird, so concentrirt sich auf ihn die ganze Obligation. So z. B. auch wenn von den mehreren Erben des Stipulationsschuldners der eine den promittirten Gegenstand, sei es vorsätzlich oder sei es nur fahrlässigerweise zerstört. An die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung ist eine Interesseleistung getreten, die einzig von demjenigen Schuldner eingefordert werden kann, welcher die Unmöglichkeit herbeigeführt hat; oder der römischen Auffassung vielleicht mehr entsprechend ausgedrückt, es kann nunmehr gegen diesen Schuldner die Klage auf den ganzen Gegenstand gerichtet werden, da dieser die ganze Obligation perpetuirt hat. Daraus würde

Die Bedenken, welche sich beim Damnationslegat hinsichtlich der Klage im Falle des durch einen Anderen verschuldeten Unterganges des Gegenstandes aus der Natur derselben erhoben, schwinden vollständig beim Fideicommiß, dessen Geltendmachung nicht an eine Formula gebunden ist.[30]) Ja es wird hier folgerichtig auch bei der Zerstörung der Sache vor dem Erbschaftserwerb, dem muthmaßlichen Willen des Erblassers entsprechend, dem Vermächtnißnehmer der Anspruch auf Abtretung der Ersatzklage oder Herausgabe des mit ihr vom Belasteten bereits Erlangten zuerkannt werden müssen. Aber immer ist auch hier die Beschränkung festzuhalten, daß dies nur beim Vermächtniß einer dem Erblasser, nicht dem Belasteten gehörigen Sache gilt.[31]) Letzterenfalls erwirbt der Belastete die Ersatzforderung gegen den Verletzer nicht so zu sagen iure hereditario, sondern proprio iure;[32]) er ist nicht aus dem

sich zugleich ergeben, daß derselbe dem anderen, befreiten Schuldner nicht mit der entsprechenden Klage (act. l. Aquil., fam. ercisc.) auf Ersatz haftet.

30) Vgl. Mommsen, Erörterungen I. S. 102.

31) Nur darüber könnte man vielleicht noch verschiedener Ansicht sein, ob der Vermächtnißnehmer die Klagabtretung bezw. Herausgabe der empfangenen Ersatzleistung in vollem Umfange beanspruchen könne, oder ob der Belastete auch durch die Leistung der aestimatio befreit werde, was bei der aquilischen Schadensberechnung von Wichtigkeit wäre. Die letztere Auffassung ist aber deshalb vorzuziehen, weil ja in diesem Falle der Schuldner gar nicht seine Befreiung von der Verbindlichkeit geltend macht. Vgl. aber auch Ihering, Abhandlungen S. 30 fg.

32) Es mag zur Unterstützung dieser Unterscheidung noch darauf hingewiesen werden, daß dieselbe auch in Betreff der Frage, in wieweit die von der vermachten Sache gezogenen Nutzungen dem Erben zu Gute kommen, von Paulus in l. 24 §. 2 D. ad l. Falc. 35, 2 zu Grunde gelegt wird.

Erbvermögen um das Aequivalent eines für den Fideicommissar bestimmten Gegenstandes bereichert, sondern an die Stelle eines schon ursprünglich in seinem Vermögen befindlichen Gegenstandes ist der Ersatzwerth getreten. Es spricht hier also nicht die gleiche Billigkeit für den Anspruch des Vermächtnißnehmers auf die Abtretung der Ersatzforderung, wie es hier auch keineswegs ohne Weiteres als Wille des Erblassers angenommen werden darf, daß der Belastete das an die Stelle der Sache getretene commodum leisten sollte.[33])

Danach sind bei einem befristeten oder bedingten Vermächtniß die vor dem Eintritt des dies oder der Bedingung vom Erben gezogenen Früchte nicht wie sonst in die Falcidische Quart einzurechnen, wenn eine res propria des Erben den Gegenstand des Vermächtnisses bildet. Ich sage „vor dem Eintritt des dies," denn statt des sinnlosen und einen ganz verkehrten Gegensatz zum vorangehenden §. 1 enthaltenden „post diem" ist hier unzweifelhaft „ante" zu lesen; wie auch in der im index des Stephanus mitgetheilten Interpretation des Cyrillus (Basil. 41, 1. 23 Sch. 2 ed. Heimb. IV. p. 104) vorausgesetzt wird. (Beiläufig bemerkt ist in der lateinischen Uebersetzung des Textes von Basil. 43, 1. 23 §. 2 *μετὰ* aus Versehen mit ante statt post wiedergegeben.) Die von mir nachgesehenen exegetischen und dogmatischen Schriftsteller wissen mit dieser Stelle nicht viel anzufangen; meistens wird sie übergangen. Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 489 Anm. 2 versteht die Stelle von den fructus als „Accessionen der Sache selbst" und verweist auf Westphal, Vermächtnisse §. 778, dessen Bemerkungen auch nicht sinnreich sind. Richtige Gedanken bei Cujacius, observ. l. XXVI. c. 12, welcher jedoch schließlich zu den unhaltbaren Satz gelangt, daß die post diem cedentem gezogenen fructus ex re hereditaria der Restitution unterliegen. Beiläufig bemerkt, kann die Stelle auch nicht von einem Universalfideicommiß verstanden werden.

33) Ueberhaupt ist bei einseitigen strengen Forderungen (ad id

Im Justinianischen Recht ist nun weiter keine Aenderung eingetreten, als die, daß beim Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen Sache der Vermächtnißnehmer schon in eigener Person die aquilische Klage hat, falls nicht schon vor dem Erbschaftserwerbe der Schaden zugefügt wurde. So wäre auch für das Justinianische Recht daran festzuhalten, daß, wenn die vermachte Sache den Erben gehört, der Vermächtnißnehmer einzig auf die actio doli gegen den Thäter verwiesen werden muß. Auch erscheint dies Ergebniß um so unbedenklicher, als es ja in der Hand des Vermächtnißnehmers liegt, den Belasteten in Verzug zu setzen und damit sich einen Ersatzanspruch eintretenden Falles zu sichern.

II. Wir kommen auf den Fall der Entwendung der vermachten Sache und bleiben hier zunächst beim Damnationslegat stehen.[34]) Rein äußerlich betrachtet, unterschei-

consequendum quod creditoris non fuit), wie insbesondere aus der Stipulation ein Anspruch des Gläubigers auf dieses „stellvertretende commodum“ nicht erweisbar und wird auch für das heutige Recht beim Schenkungsversprechen in Abrede gestellt werden dürfen. — Ganz anders natürlich bei den auf Restitution gerichteten Obligationen, wie z. B. wenn die indebite oder ob rem geleistete Sache oder die vom negotiorum gestor ersessene Sache des Geschäftsherrn (im Falle der l. 18 §. 3 D. de N. G. 3, 5) durch einen Dritten zerstört wird, — Fälle übrigens, die Mommsen, Erörterungen I. S. 98 fg. vollständig übersieht.

34) Es muß auch hier wieder daran erinnert werden, daß die gleichen Grundsätze platzgreifen, wenn dem zur Leistung Verpflichteten im Falle der Entwendung die Contractsklage gegen seinen Schuldner (act. commodati, locati conducti u. s. w.) zusteht, mag derselbe die ihm obliegende custodia verabsäumt oder selbst die anvertraute Sache unterschlagen haben.

det sich dieser Fall von dem vorher erörterten der Vernichtung oder Beschädigung sehr wesentlich darin, daß hier die Sache selbst in ihrer Integrität erhalten bleibt, mithin an sich die Leistung nicht unmöglich wird und einer Klage auf Erfüllung der Verbindlichkeit sonach auch nichts entgegenstehen könnte. Indessen läßt es sich doch nicht verkennen, daß es für das Vermögen des Schuldners regelmäßig ebenso gut ist, als ob die Sache untergegangen wäre, da er doch gewöhnlich nicht wissen wird, wo sie sich befindet, meistens auch nicht, wer sie gestohlen hat, und so nur selten in der Lage sein wird, sie wiederzuerlangen; ganz abgesehen davon, daß es häufig auch ungewiß ist, ob sie überhaupt noch existire.[35]) Aber freilich die Möglichkeit der Wieder-

35) Daher auch der Ausdruck perire für beide Fälle, s. S. 153. Anm. 78. Vgl. namentlich auch Brinz Pand. 2. Aufl. II. S. 322. — Wenn man übrigens die so oft sich wiederholenden eingehenden Erörterungen der römischen Juristen über die vermögensrechtlichen Wirkungen des furtum, über die Zuständigkeit der Klagen aus demselben und über die Frage, ob und wann der Bestohlene verpflichtet sei, diese abzutreten oder das durch sie Erlangte herauszugeben, unbefangen auf sich wirken läßt, so kann man sich des Eindruckes nicht erwehren, daß diese Klagen in Rom von weit größerer praktischer Bedeutung waren, als heutzutage der Anspruch auf Schadensersatz gegen den Dieb, der in den weitaus meisten Fällen nicht viel werth ist und so auch nur höchst selten in der Praxis und Wissenschaft zu juristischen Bedenken und Auseinandersetzungen Veranlassung geben wird. Daß jene Erörterungen einen „rein akademischen" Charakter an sich tragen, wird wohl niemand behaupten wollen. Wenn sie aber ein hervorragendes praktisches Interesse hatten, so würde sich die Frage erheben, worin der Grund der hervorgehobenen Differenz zu suchen sei. Daß dieselbe sich auf eine verschiedene Gestaltung der Lebensverhältnisse gründe, wird man ohne Weiteres zugeben kön-

erlangung der Sache ist nicht ausgeschlossen, und so kann sie, so lange sie überhaupt noch vorhanden ist, auch den Gegenstand einer Obligation bilden; ihre Leistung ist dadurch, daß sie dem Schuldner entzogen ist, nicht unmöglich geworden. Man könnte vorläufig vielleicht von einer zeitweiligen Unmöglichkeit sprechen, wie eine solche etwa bei entlaufenen Thieren, flüchtigen Sklaven, verlorenen Sachen stattfände. Jedoch findet sich diese Auffassung hinsichtlich der gestohlenen Sachen in den Quellen nicht vertreten. Ueberhaupt haben die römischen Juristen hier nicht mit der abstrakten Kategorie der Unmöglichkeit der Leistung operirt, sondern die Frage, ob und inwieweit der Schuldner durch Entwendung oder auch sonstigen unverschuldeten Verlust der Sache befreit werde, aus der Natur des bestehenden obligatorischen Verhältnisses zu beantworten gesucht.

Bei den auf Restitution der Sache gerichteten Forderungen und den bonae fidei Obligationen wurde der Schuldner zweifellos befreit, wenn ihm die Sache durch unverschuldete Entwendung [36]) entzogen war, indem er zugleich zur Abtretung der ihm zuständigen Klagen verpflichtet blieb.

nen, ohne daraus den gewagten Schluß ziehen zu dürfen, daß in Rom die Diebstähle etwa mehr an der Tagesordnung waren, oder die Schuldigen häufiger gefaßt wurden, oder vielleicht auch durchschnittlich zahlungsfähiger gewesen wären, als heutigen Tages. Allerdings fällt der bei weitem größere Umfang des römischen Deliktes des furtum erheblich ins Gewicht. Aber an die Fälle der Unterschlagung einer anvertrauten Sache, die hier einzig noch in Betracht kämen, haben die römischen Juristen bei der Befreiung des Schuldners durch die furtive Entziehung der Sache und der ihm obliegenden Klagencession am wenigstens gedacht.

36) Oder sonstigen Verlust, worüber vgl. l. 4. 8 C. de act. pign. 4, 24.

Aber man gründete diese Befreiung nicht etwa auf eine absolute Unmöglichkeit der Leistung, sondern ging davon aus, daß der Schuldner gegenwärtig doch thatsächlich außer Stande sei, die Sache selbst zu leisten, und daher auch nicht auf die Leistung derselben oder eines Werthersatzes in Anspruch genommen werden dürfe, wenn ihm nicht ein Verhalten zum Vorwurf gemacht werden könne, welches mit der ihm durch die Obligation auferlegten Verpflichtung in Widerspruch steht.

Dagegen in der Stipulation haftet der Schuldner hier in strenger Consequenz auf den Werth der Sache, ohne daß nach einer Verschuldung desselben hinsichtlich der Entwendung gefragt würde.[37]) Das thatsächliche Nichtleistenkönnen und die Schuldfrage blieb hier deßhalb ganz außer Ansatz, weil überhaupt ein bestimmtes positives Verhalten dem Schuldner durch die aus der Stipulation hervorgehende Obligation nicht auferlegt wird. Die promittirte Sache hat er zu leisten, so lange sie noch vorhanden ist. Nur der Untergang der Sache (falls derselbe nicht durch ihn selbst herbeigeführt ist) befreit den Stipulationsschuldner. Er müßte somit die Nichtexistenz der gestohlenen Sache beweisen, wenn Freisprechung eintreten soll; und dies gilt in gleicher Weise, mochte er eine fremde oder eine eigene Sache promittirt haben.[38]) Durch Abtretung der ihm zu-

37) Ja — müssen wir hinzusetzen — auch nur gefragt werden konnte, da der Promissor, abgesehen von mora, nur für culpa in faciendo einzustehen hat. Dies übersieht Mommsen Beiträge I. S. 32 fg. indem er die für bonae fidei Obligationen geltenden Grundsätze auf die Stipulation überträgt.

38) Dadurch, daß die geschuldete Sache ohne Zuthun des Promissors in die Gewalt der Feinde geräth, wird er freilich befreit. Aber diese Entziehung steht keineswegs auf gleicher Linie mit Entwendung oder Raub (wie schon aus

ständigen Klagen kann er sich ebenso wenig befreien, als der Gläubiger die Abtretung verlangen oder gar die actio furti aus eigenem Rechte anstellen kann, was insbesondere beim Untergange der gestohlenen Sache, durch den doch der Promissor befreit wird, von Bedeutung wäre.

Damit stehen auch die Quellenzeugnisse vollkommen im Einklang. Zunächst darf man sich nicht auf l. 66 §. 5 D. de furt. 47, 2 berufen.

> Paulus l. VII. ad Plautium. — Si stipulatus de te sim *„per te non fieri, quominus homo Eros intra kalendas illas mihi detur,"* quamvis mea interesset eum non subripi (cum subrepto eo ex stipulatu non teneris, si tamen per te factum non sit, quominus mihi daretur), non tamen furti actionem me habere.

Die Stipulation ist hier nicht auf eine einfache Sachleistung, sondern darauf gerichtet, daß der Promittent die

dem hier übrigens nicht weiter in Betracht kommenden Umstande hervorgeht, daß dem Eigenthümer die rechtliche Möglichkeit genommen ist, sich die Sache wieder zu verschaffen); sie wird vielmehr dem Untergange der Sache gleich behandelt. Das Eigenthumsrecht an ihr ist überhaupt so lange unmöglich, als sie sich beim Feinde befindet. So wird sie denn der Sache, die aus dem Verkehr getreten ist (res extra commercium), der gefangengenommene Sklave dem freigelassenen in dieser Hinsicht gleichgestellt. (Es verhält sich ähnlich mit einem wilden Thiere, welches die naturalis libertas wiedererlangt hat, obschon hier Bedenken aufstoßen). Durch l. 91 §. 1 D. de V. O. 45, 1, welche die in Feindesgewalt gerathene, aber nicht die gestohlene Sache als eine solche bezeichnet, quae sit quidem in rebus humanis sed dari non potest, wird diese Auffassung direkt bewiesen. Freilich ist dieses dari non posse möglicherweise nur ein zeitweiliges und die Klage auf dari oportere daher nicht für immer ausgeschlossen vgl. l. 98 §. 8 D. de solut. 46, 3.

Leistung bis zu einem bestimmten Tage nicht verhindern werde.[39]) Er haftet daher nicht, wenn inzwischen die Sache gestohlen wird, da und insofern er der übernommenen Verbindlichkeit nicht zuwidergehandelt hat. Die Befreiung tritt hier ein nicht infolge des Diebstahles, sondern infolge der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit; denn es ist in der That non factum per debitorem, quo minus daretur. Obwohl nun wegen der Aufhebung der Obligation ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers durch die Entwendung verletzt worden ist, so hat er doch nicht die actio furti.[40]) Wenn daher derselbe Jurist in l. 86 eod. sagt:

39) Wie das hier bestehende thatsächliche Verhältniß zu denken sei, ist schwer zu sagen. Jedenfalls hat man es sich nicht so vorzustellen, als ob von Anfang an überhaupt nur eine Obligation jenes Inhaltes begründet werden sollte, vielmehr hat die Stipulation einen accessorischen Charakter. Es besteht eine auf Leistung des Sklaven gerichtete Obligation, und mit einem Dritten wird jene Stipulation eingegangen. Dieser Dritte kann möglicherweise der Eigenthümer (z. B. auch der, welchem die Sache fiduciae causa manzipirt war) sein; wahrscheinlicher aber ist es, daß er die Sache auf Grund irgend eines Rechts (z. B. als Pfandgläubiger, Nießbraucher oder auch Miether) in Händen hat, so daß es zur rechtzeitigen Eigenthumsübertragung seiner Mitwirkung bedarf, welche durch die Stipulation sichergestellt werden soll. Vermuthlich stand im Texte ursprünglich „mancipio detur."

40) Hier, wie in den folgenden Stellen und anderswo (z. B. l. 14 §. 10 eod.) soll unrichtigen Folgerungen aus der wohl auf Sabinus zurückzuführenden Formulirung „furti actionem habet is cuius interest rem non subripi v. non perire v. salvam esse" entgegengetreten werden.

is, cui ex stipulatu vel ex testamento servus debetur, quamvis intersit eius, non habet furti actionem so darf man nicht etwa behufs Motivirung des Interesses in Gedanken ergänzen: weil der Schuldner hier überhaupt durch die Entwendung der Sache befreit wird. Ein Interesse des Gläubigers kann ja auch in dem Umstande gegründet sein, daß der Schuldner insolvent ist,[41]) und es müßte offenbar, wenn dieses Interesse zur Begründung der act. furti hinreichend wäre, hier diese Klage dem Gläubiger auch dann zustehen, wenn die Nichtleistung durch den Verpflichteten verschuldet oder derselbe schon vor der Entwendung in Verzug gerathen wäre.

Bedenklicher steht es mit l. 13 eod.:

Paulus l. V. ad Sabinum. — Is, cui ex stipulatu res debetur, furti actionem non habet, si ea subrepta sit, cum per debitorem stetisset, quominus eam daret.

Mag man den Schlußsatz als Begründung oder als Einschränkung der Regel, daß der Stipulator die act. furti nicht habe, oder endlich — was am richtigsten erscheint — auf den unmittelbar vorangehenden Satz „si ea subrepta sit“ bezogen, als bloße nähere Angabe des Thatbestandes auffassen: in keinem Falle ist in der Stelle ausgedrückt, daß der Promissor überhaupt durch die Entwendung befreit

41) Gaius l. 49 pr. eod. — creditor ob rem debitoris subreptam furti agere non potest, etsi aliunde creditum servare non possit. Vgl. auch Mommsen Beiträge I. S. 34, welcher aber diese Stelle übersieht. Er selbst a. a. O. I. S. 303. III. S. 415 vertheidigt die Meinung, daß der Gläubiger in der Stipulation, obwohl die Verbindlichkeit des Promissor durch unverschuldete Entwendung aufgehoben werde, keinen Anspruch auf Cession der act. furti habe.

werde, wenn ihn keine Schuld trifft.[42]) Andererseits aber wird sich auch kaum das argumentum a contrario abweisen lassen, daß wenn nicht der Promissor sondern der Stipulator die Schuld an der Nichtleistung trägt, dieser sich also etwa in mora accipiendi befand, nunmehr ihm auch, da der Schuldner befreit ist,[43]) die actio furti zustehe.[44]) Das wäre allerdings auffallend und würde den sonst hinsichtlich der Zuständigkeit dieser Klage geltenden Grundsätzen widersprechen. Denn man könnte doch höchstens annehmen, daß hier der aus der Stipulation in Anspruch genommene Schuldner nur dann mit der exceptio doli durchdringe, wenn er dem Kläger die act. furti zu cediren bereit ist.[45]) Aber es bleibt immerhin möglich, daß Paulus in diesem Punkte eine abweichende Meinung vertrat.[46])

Nicht dieselben Grundsätze, wie bei der Stipulation,

42) Schon in den Basilikenscholien finden sich verschiedene Auffassungen vertreten. So wird nach Sch. 2 und Hagiotheod. zu Basil. LX. 12, 13 der Schuldner befreit, wenn er nicht schon in Verzug gerathen war. Der Text der Basiliken (Anonymus) übersetzt das cum in der Stelle mit *ὅτε*, der index Doroth. mit *ἐπειδή*.

43) l. 72 pr. D. de solut. 46, 3. Beiläufig: mit Noodt in dieser Stelle „sine sua culpa“ zu streichen, oder, wie in der Th. Mommsen'schen Digestenausgabe vorgeschlagen wird, „sine dolo malo sua culpa“ zu lesen, scheint bedenklich; denn es macht doch einen sehr erheblichen Unterschied, ob eine Spezies, oder, wie in dieser Stelle, eine Summe geschuldet wird.

44) So Sch. 3 ad Basil. l. c.

45) Wie schon richtig Rogerius in der Glosse zu unserer Stelle bemerkt.

46) Vgl. auch Pauli sent. II. 31 §. 17 mit Ulpian. l. 14 pr. D. de furt. 47. 2. Papin. l. 81 pr. eod. und dazu Cujacius observ. l. XXI c. 19.

gelten beim Damnationslegat. Daß hier der Gläubiger die act. furti nicht habe, findet sich schon in der oben angeführten l. 86 ausgesprochen. Ebenso sicher ist es aber, daß der Erbe, wenn er die Nichtleistung oder die Entwendung nicht verschuldet hat, dem Legatar nicht haftet. (Vgl. oben S. 152 fg.) Zweifelhaft bleibt es nur, ob er mit der Leistung der cautio de persequendo et restituendo abkommt, oder ob er die act. furti und condictio furtiva dem Legatar abtreten muß.

Von praktischer Wichtigkeit wäre diese Frage vornehmlich in dem, wohl nicht gar häufigen, Falle, wenn der Dieb bekannt und zahlungsfähig ist. Der Erfolg der Klagencession würde hier der sein, daß der Legatar außer der Sache selber oder deren Werth noch die Strafsumme erlangte, also mehr als er aus dem Vermächtniß ursprünglich zu fordern hatte: während er, wenn der Erbe sich die gestohlene Sache wiederverschaffte, nur auf Leistung dieser Anspruch erheben könnte. Das scheint widerspruchsvoll, nicht allein wenn eine eigene Sache des Erben, sondern auch wenn eine Nachlaßsache den Gegenstand des Vermächtnisses bildet. Der Erbe erfüllt allemal seine Verbindlichkeit aus dem Testament, wenn er die Sache, sobald sie in seine Hände kommt, leistet. Eine Cessionspflicht könnte daher nur hinsichtlich der ihm zustehenden reipersecutorischen Klagen (rei vindicatio und cond. furtiva), aber nicht hinsichtlich der Strafklagen angenommen werden. Hatte er bereits vom Diebe Ersatz und Strafe erlangt, so würde er auf den Werth der Sache dem Legatar haften. Der Untergang der Sache befreit aber auch hier den Erben, da eine Klage auf dari oportere nicht mehr möglich ist.

Nicht anders verhält es sich beim Fideicommiß; nur daß hier im Falle des Unterganges der Sache dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, die wir früher

(S. 181) bei der Vernichtung derselben durch einen Dritten kennen gelernt haben.

Handelt es sich um ein Vindicationslegat, so bedarf es keines Beweises, daß dem Legatar die Diebstahlsklagen zustehen, wenn die Sache nach Antritt der Erbschaft entwendet worden ist, vorausgesetzt, daß den Erben keine Schuld trifft. Schwierigkeit bereitet nun l. 48 pr. D. de legat. I.[47])

Pomponius l. VI. ad Sabin. Si heredis servus rem legatam ignorante domino subtraxisset et vendidisset, Atilicinus in factum dandam actionem, ut vel noxae servum dederet dominus vel ex peculio praestaret, quod ex venditione eius rei haberet.

Jedenfalls bildet hier eine Erbschaftssache den Gegenstand des Vermächtnisses. Steht nun aber ein Damnationslegat oder ein Vindicationslegat in Frage? Auf den ersten Blick möchte man an ein Damnationslegat denken, da von einem solchen auch der §. 1 der Stelle (oben S. 179) handelt.[48]) Dagegen spricht aber zunächst der Umstand, daß auf die Kenntniß des Erben von der Entwendung ein entscheidendes Gewicht gelegt wird, während es doch beim Damnationslegat nur auf die Verschuldung des Belasteten ankommen könnte.[49]) Auch wäre doch die Supposition, daß

47) Viel vergebliche Mühe macht sich die Glosse mit dieser Stelle; auch die Commentatoren versuchen sich an ihr ohne Erfolg. Bei den Späteren und zumal in der neuesten Literatur scheint die Stelle ganz übersehen zu sein.

48) Viel Bedeutung darf dem nicht beigemessen werden, um so weniger, als es als ja nicht sicher ist, daß sich der §. 1 ursprünglich unmittelbar angereiht hat. Auf ein Damnationslegat bezieht übrigens die Stelle Lenel, palingenesia II. p. 103 nr. 499.

49) Wenn bei einem solchen der Sklave die Sache verkauft hätte, so würde die Haftung des Erben, ohne daß die

mit Vorwissen des Herrn der Sklave die eigene Sache[50]) desselben entwenden könnte, mindestens als seltsam zu bezeichnen. Vor Allem aber ist mit der Annahme eines Damnationslegates unvereinbar die noxale Haftung des Erben. Es kann somit nur ein Vindicationslegat vorausgesetzt werden. Wäre mit Wissen des Herrn der Diebstahl verübt, so würde derselbe nach allgemeinen Grundsätzen nicht allein mit der actio ad exhibendum in Anspruch genommen werden können, sondern auch mit der actio furti in solidum haften.[51]) Hätte er sich aber nicht durch sein Mitwissen an der Entwendung mitbetheiligt, so würde sonst gegen ihn die act. furti noxalis und daneben condictio furtiva bis zum Belaufe der Bereicherung platzgreifen.[52])

diebische Absicht des ersteren irgendwie in Betracht käme, sich immer, wenn den Erben keine Schuld trifft, auf den ihm zugekommenen Kaufpreis beschränken, vorausgesetzt natürlich, daß die Sache nicht mehr zu ermitteln ist. Dann würde aber auch die actio ex testamento genügen und es bedürfte nicht einer in factum actio.

50) Denn eine Erbschaftssache ist doch eine eigene des Erben; der Zusatz „ignorante domino" würde dann nur Sinn haben, wenn er sich auf „vendidisset" bezöge. Man könnte auch bei Annahme eines Damnationslegates allenfalls an eine vor dem Erbschaftserwerb stattgefundene Entwendung denken. Vgl. S. 197.

51) l. 2 pr. §. 1. l. 3 D. de nox act. 9, 4. vgl. auch l. 16 D. ad. exhib. 10, 4.

52) l. 3 §. 12 D. de pecul. 15, 1. l. 19 D. de cond. furt. 13, 1. l. 30 pr. D. de A. E. V. 19, 1. l. 3 §. 4 — l. 5. l. 6 §. 2 D. rer. amot. 25, 2. In betreff der gegen den Herrn oder Gewalthaber aus der Entwendung des Sklaven oder Haussohnes gerichteten condictio furtiva vgl. überhaupt die gründlichen Untersuchungen von Mandry, Familiengüterrecht II. S. 234 fg. 465 fg., welcher sich aber unsere Stelle entgehen läßt.

Genau auf dasselbe wird nun in unserem Falle von Atilicinus, dem Pomponius beistimmt, eine actio in factum dem Legatar gegeben. Der Herr (Erbe) soll aus dem Peculium leisten, was er durch den Verkauf der vermachten und entwendeten Sache erlangt hat. Die Klage geht also nicht auf Schadloshaltung überhaupt bis zum Belaufe des Peculium, sondern auf Herausgabe der Bereicherung, d. h. desjenigen Betrages, um welchen das Vermögen des Herrn indirekt im Peculium oder auch direkt vermehrt worden ist. Hätte also der Sklave den empfangenen Kaufpreis verthan oder verloren, so würde auch der Herr nichts zu leisten haben.

Nun wird ihm zugleich die Verpflichtung zur noxae datio des schuldigen Sklaven auferlegt und gerade der hierauf bezügliche Satz erregt den größten Anstoß.[53]) Nach dem Wortlaut desselben wird dem Beklagten die Wahl eingeräumt zwischen noxae datio und Herausgabe der Bereicherung. Daß dies aber nicht die Meinung des Juristen sein kann, und daß die letztere jedenfalls geleistet werden muß, bedarf keines Beweises.[54]) Wir haben es hier nur mit einer etwas ungeschickten Ausdrucksweise zu thun; aber der Sinn bleibt doch an sich immer zweifelhaft. Der Jurist könnte nämlich sagen wollen entweder: 1) der Beklagte hat wenigstens den Sklaven dem Legatar zu überlassen und

53) Am einfachsten wäre es freilich, den Satz „vel noxae servum dederet dominus“ als Glossem zu streichen oder auch für eine Interpolation anzusehen. Dazu sind wir aber nicht berechtigt.

54) Dafür daß „vel . . vel“ nicht immer alternativ zu nehmen ist, bietet ein passendes Beispiel l. 84 §. 10 D. de legat. I.: quaero, an vel ipsa vel partus eius legato cedat. Das erste vel ist hier in der Bedeutung von vel certe, das zweite von vel etiam zu verstehen („ob wenigstens sie selbst oder auch“).

die Bereicherung herauszugeben; oder 2) der Beklagte hat wenigstens den Sklaven zu überlassen, wenn aus dem Verkaufe der Sache an ihn nichts gelangt ist, sonst aber das, was in sein Vermögen gekommen ist, zu leisten; oder 3) der Beklagte hat unter allen Umständen wenigstens diese Bereicherung herauszugeben und, wenn der Betrag derselben den Werth der Sache nicht erreicht, wenigstens den Sklaven behufs Schadloshaltung dem Legatar abzutreten. Einzig die letztere Auslegung scheint dem Gedanken des Juristen gerecht zu werden. Demnach würde der in Anspruch genommene Erbe entweder den Legatar in vollem Umfange schadlos halten müssen, indem er ihm den Werth der verbrachten Sache ersetzt, oder sich, wenn er dies vorzieht, mit der Leistung dessen, was aus dem Verkauf in das Peculium oder sein Vermögen gekommen ist (und sich noch darin befindet) und zugleich mit noxae datio des Sklaven abfinden können.[55]) Letzterenfalls wäre er zugleich von der act. furti noxalis befreit.

So verstanden zeigt die Entscheidung unserer Stelle eine unverkennbare Aehnlichkeit mit l. 4 D. de cond. furt. 13, 1,[56]) wenn sie nicht gar aus demselben Grundsatze her-

55) Vgl. auch l. 24 §. 3 D. de minor. 4, 4: pater dominusve quod ad eum pervenerit, restituere iubendus est, quod non pervenerit ex peculio eorum praestare; si ex neutro satisfiet — noxae dedendus erit.

56) Ulpian: Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest. Diese Stelle läßt allerdings verschiedene Deutungen zu. Ich möchte sie folgendermaßen paraphrasiren: Aus dem furtum des Sklaven oder Haussohnes geht die cond. furtiva gegen den Herrn oder Gewalthaber. Jedoch haftet derselbe nicht wie der Dieb selbst, auf den vollen Werth der Sache für den Bestohlenen (das Interesse), sondern bloß auf die Be-

vorgeht, der hier ausgesprochen wird. Die Frage nun, warum von Atilicinus nicht die condictio furtiva de peculio sondern eine act. in factum gegeben wird, ist schwer zu beantworten. Wir dürfen dabei nicht vergessen, daß über die Zulässigkeit der cond. furtiva gegen den Herrn aus dem Diebstahl des Sklaven anfangs überhaupt Zweifel bestanden. Aber wir sind ja auch durchaus nicht genöthigt, anzunehmen, daß von dem Juristen die cond. fur-

reicherung, nämlich auf das was in sein Vermögen infolge der Entwendung gelangt ist, indem er, wenn ersterer letztere übersteigt, sich durch noxae datio des Sklaven in Betreff dieses Ueberschusses befreien kann. (Vgl. auch Zimmern, Noxalklagen S. 52. Anm. 70). Wohlgemerkt: noxae dedere potest, nicht debet. Es scheint hierin eine Hindeutung auf die Klagformel enthalten zu sein. Im Resultat kann ich somit nur Windscheid, Pand. §. 425 Anm. 4. §. 359 Anm. 18 beistimmen. Uebrigens wird die Stelle so auch aufgefaßt in dem Text der Basil. LX. 10. 4 (*εἰς τὸ περιττὸν δύναται τὸν δοῦλον εἰς θεραπείαν τῆς ζημίας ἐκδοῦναι*), in dem index Cyrilli und vom Anonymus (Heimb. V. p. 427.) Savigny, System V. S. 562 bezieht die noxae deditio in unserer Stelle in höchst gekünstelter Interpretation auf die act. furti (so auch schon Unterholzner, Schuldverhältnisse II. S. 62 Anm. k.) und ihm stimmt Vangerow, Pand. III. §. 679 Anm. 2. Nr. 1 bei. Aber daß nicht bloß formelle Deliktsklagen, sondern sogar Contractsklagen einen noxalen Charakter haben können, zeigen l. 26 §. 7 D. mand. 17, 1. l. 62 §. 1—3. 5. 6 D. de furt. 47, 2 vgl. l. 1 §. 15 D. de vi 43, 16; s. auch Mandry a. a. O. S. 614. 619. Brinz, Pand. 2. Aufl. II. S. 525 Anm. 15 erklärt sehr entschieden die Klage in l. 4 de cond. furt. für eine cond. ob iniustam causam; der Wahrheit näher scheint aber wohl schon Stephanus ad h. l. (Basil. l. c. u. LX. 10. 5 Sch. 2. V. p. 428 sqq.) zu kommen, welcher bemerkt, daß die cond. furtiva zwar regelwidrig aber ex aequo et bono gewährt sei.

tiva überhaupt gegen den Gewalthaber abgelehnt wird; es steht vielmehr nichts entgegen, die act. in factum auf den vorliegenden Fall des Vermächtnisses zu beschränken, so daß sie als Ersatz der aus besonderen Gründen unstatthaften ersteren Klage erscheint. Die cond. furtiva setzt ja Eigenthum des Klägers voraus; und da könnte man vielleicht an die proculianische Construction des Vindicationslegates denken oder auch den Fall setzen, daß der Legatar den Beweis seines Eigenthumes nicht zu führen vermochte, weil keine Gewißheit darüber bestand, ob die Sache „utroque tempore“ dem Erblasser gehört hatte. Ferner würde auch, wenn die Sache noch vor dem Erbschaftserwerbe entwendet und verkauft war, nur die actio in factum zum Ziele führen. Und bei alledem ist es noch keineswegs ausgemacht, ob die act. in factum hier als Ersatz für die condictio furtiva, oder nicht vielmehr für die rei vindicatio oder act. ad exhibendum oder gar act. ex testamento gemeint ist. [57])

Des Zusammenhanges wegen soll hier gleich der Fall erörtert werden, wenn beim bedingten Vindicationslegat

57) Vgl. l. 63 D. de legat. II. l. 40 D. de nox. act. 9, 4. l. 9 §. 4 D. ad exhib. 10, 4 und arg. l. 16 eod. l. 52 D. de R. V. 6, 1. — Wer übrigens, um dies noch nachträglich hinzuzufügen, in der besprochenen l. 48 pr. de legat. I. ein Damnationslegat voraussetzt, müßte in Verlegenheit gerathen, wenn es sich fragt, wie diese Stelle denn im Sinne der Compilatoren zu verstehen sei. Man würde doch wenn man die Stelle in ihrem ursprünglichen Sinne von einem Damnationslegat versteht, auch für das Justinianische Recht annehmen müssen, daß sie von einem Vermächtniß handelt, durch welches nicht Eigenthum, sondern bloß eine Forderung für den Legatar begründet wird, also von dem Vermächtniß einer dem Erben gehörigen Sache. Daß aber auf diesen Fall die Entscheidung der Stelle nicht paßt, dürfte handgreiflich sein.

(im Justinianischen Recht beim bedingten Vermächtniß einer Erbschaftssache) der vermachte Gegenstand pendente condicione gestohlen wird. So lange die Bedingung noch schwebt, sind die aus dem furtum hervorgehenden Klagen unfraglich dem Erben zuständig.[58]) Es mag nun dahingestellt bleiben, ob der Legatar schon nach klassischem Recht, wenn die gestohlene Sache untergegangen oder unauffindbar geworden war, nach Eintritt der Bedingung vom Erben die Herausgabe der durch die condictio furtiva schon gewonnenen Ersatzleistung mit der act. ex testamento oder einer act. in factum verlangen konnte. Nach Justinianischem Recht wird dem Vermächtnißnehmer ein solcher Anspruch jedenfalls zustehen, da ihm ja der Erbe aus dem Testament von Anfang an persönlich verpflichtet ist.

Eine Schwierigkeit entsteht nun hinsichtlich der Bestimmung der litis aestimatio bei den während des Schwebens der Bedingung angestellten Klagen. Sollte der mit der cond. furtiva Belangte auf den vollen Werth der vermachten Sache dem Erben verurtheilt werden können, so käme er beim Eintritt der Bedingung in die üble Lage dem mit der rei vindicatio oder act. ad exhibendum gegen ihn auftretenden Legatar nochmals den vollen Werth der Sache, wenn er diese nicht selbst restituirt, leisten zu müssen, während er doch sonst der Gefahr dieser doppelten Haftung nicht ausgesetzt wäre, wenn der Kläger ein bleibendes Eigenthumsrecht besaß.[59]) Man könnte nun daran

58) Anders natürlich nach der Auffassung der Proculianer.

59) Pompon. l. 9 §. 1 D. de furt. 47, 2. — si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, [sc. officio iudicis contineri] ut aut omnimodo absolvat reum, aut (quod magis placet) si paratus esset petitor aestimationem restituere, nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.

denken, daß der mit der cond. furtiva klagende Erbe genöthigt wäre, dem Beklagten Caution, sei es für die Restitution des Empfangenen, sei es in betreff der Vertretung desselben gegen den ihn später in Anspruch nehmenden Legatar zu stellen. So verhält es sich aber nicht, vielmehr belehrt uns Julian in l. 14 pr. §. 1 D. de cond. furt. 13, 1:[60])

Quodsi pendente condicione iudicaretur, iudex aestimare debebit, quanti emptorem invenerit. §. Cavere autem ex hac actione petitor ei cum quo agitur non debebit.

Also nur der Werth, den für den Kläger (und jeden Dritten) gegenwärtig die gestohlene Sache hat, wird dem Urtheil zu Grunde gelegt. Derselbe wird durch die mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit des Eintrittes der Bedingung bestimmt und stellt sich in dem Preise dar, den ein Dritter für die Sache zu zahlen bereit ist. Es ist damit nicht etwa gesagt, daß nun die Sache auf gerichtlichem Wege verkauft werden müsse, sondern es soll einzig ausgedrückt werden, daß der Richter auf den zu ermittelnden Verkaufswerth zu ästimiren habe. Dagegen ist dem Beklagten keine Sicherheit gegen den Anspruch des Legatars für den Fall des Eintrittes der Bedingung zu leisten. Er haftet somit in weiterem Umfange, als wenn die Sache überhaupt nicht vermacht wäre.[61]) Die gleiche Entschei-

60) Der Anfang der Stelle folgt unten S. 207. — Allerdings handelt Julian von dem bedingten Vermächtniß einer gestohlenen Sache, jedoch was die cond. furtiva anbetrifft, so muß dieselbe Entscheidung auch in unserem Falle platzgreifen.

61) Würde also der Beklagte auf die Hälfte des sonstigen Werthes der Sache dem Erben verurtheilt worden sein, so könnte der Legatar nach Eintritt der Bedingung immer noch die Sache selbst bezw. den vollen Werth durch An-

dung wird von Julian in dem Falle der Entwendung eines statuliber getroffen.[62]) Uebereinstimmend erklärt Ulpian am Schlusse der gleich nachher zu erörternden l. 52 §. 29 D. de furt. 47, 2 „pendente condicione tanti aestimandus est (sc. statuliber vel res sub condicione legata), quanti emptorem potest invenire“: — voraus-

stellung der rei vindicatio herausverlangen. Das erscheint auch nicht unbillig, wenn man bedenkt, daß hier doch immer durch ein Delikt die Verpflichtung begründet ist, wenn sie auch mit reipersecutorischer Klage geltend gemacht wird. Der Beklagte hat sich die Folgen selbst zuzuschreiben, wenn er die gestohlene Sache nicht restituirt. (Vgl. auch von weitem l. 3 §. 14. 15 D. de tab. exhib. 43, 5). Damit kann man sich auch über die Eventualität hinwegtrösten, daß, wenn der Beklagte von dem Vermächtniß nichts wußte und das Urtheil infolge dessen auf den vollen Werth der Sache ergangen ist, er nach Erfüllung der Bedingung dem Legatar doch unbeschränkt haftet.

62) Freilich findet der Unterschied statt, daß der Werth der vermachten Sache selbst immer derselbe bleibt, mag die Bedingung eintreten oder nicht, mag sie dem Erben oder dem Legatar gehören: während der statuliber mit den Eintritt der Bedingung überhaupt aufhört, Rechts- und Werthobjekt zu sein. Indessen dieser Unterschied ist für die vorliegende Frage selbstverständlich ohne Bedeutung, da es sich hier immer um den Werth handelt, den die Sache als eine möglicherweise wieder entziehbare, den also das unsichere Eigenthumsrecht für den Dritten hat. Jene Schätzung findet aber nicht statt beim Vermächtniß eines statuliber oder der einem Anderen bedingt legirten Sache. Hier kann vielmehr, wenn die Leistung des Gegenstandes selber nicht erfolgt, die vera aestimatio gefordert werden, l. 44 §. 8 D. de legat. I. Der Grund ist einleuchtend; denn es würde ja der Legatar sonst bei Deficienz der Bedingung zu kurz kommen, und ihm würde, wenn jene andere Werthschätzung stattfände, ein gewagtes Geschäft aufgedrungen werden.

gesetzt, daß man diese Stelle überhaupt auf die condictio furtiva beziehen darf.[63])

Anders verhält es sich bei der actio furti. Entscheidend ist die klassische Stelle aus Papinians 12. Buch der Quästionen in l. 81 §. 1 D. de furt. 47, 2.

Cum autem iure dominii defertur furti actio, quamvis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est, idque et in statuliberis et in legato sub condicione relicto probatur: alioquin diversum probantibus statui facile quantitas non potest. Quia itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad aestimationem corporis furti actio referri non potest.[64])

Papinian geht hier von der Unterscheidung aus, ob der Eigenthümer als solcher oder der Nichteigenthümer, cuius interest rem non perire, die actio furti anstellt.[65]) Obgleich dem Eigenthümer die act. furti nur dann zustehe, wenn er ein Interesse an der Erhaltung der Sache hat, so dürfe man doch den Anspruch des Klägers hier nicht auf sein besonderes Interesse beschränken, vielmehr begreife die

63) Dafür möchte der Umstand sprechen, daß Ulpian die Stelle Julians augenscheinlich vorlag.

64) Die in Mommsens Ausgabe vorgeschlagene Emendation des letzten Satzes, welche das quia hinter nascitur versetzt, verdient Beifall. Verständlich bleibt derselbe auch ohnedies, wenn man nur nicht die „istae causae“ auf die vorangehenden Fälle des statuliber und des legatum sub condicione relictum bezieht.

65) Gaius III. §. 203. Furti actio ei competit cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit: itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire.

der Strafe zu Grunde zu legende Schätzung (des „quanti ea res est“ der Formel), die aestimatio corporis, also den wirklichen Werth der Sache.[66]) Diesem sei das Interesse des Klägers hier mindestens gleichzuachten, so daß es wohl über den Sachwerth hinausgehen, aber nicht hinter demselben zurückbleiben könne. Sonst könnte es ja auch leicht kommen, daß sich überhaupt eine bestimmte Summe als Gegenstand des klägerischen Interesses gar nicht ermitteln ließe und der Thäter so straflos ausginge. Als Beispiel für diese Eventualität werden von Papinian unsere bekannten Fälle angeführt, nämlich wenn ein statuliber oder die unter einer Bedingung vermachte Sache gestohlen worden ist. Anders verhalte es sich, fährt der Jurist weiter fort, wenn die dem Nichteigenthümer, cuius interest rem non subripi oder rem salvam esse, (wie z. B. einerseits dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger, andererseits dem Commodatar oder Miether) zustehende act. furti in Frage komme. Dann bilde einzig dieses besondere Interesse des Klägers den Gegenstand der Schätzung als Unterlage der Strafe. Dieses Interesse könne wohl zufällig mit dem Sachwerth (aestimatio corporis) übereinstimmen, wie insbesondere da, wo der bestohlene Inhaber für versäumte custodia einzustehen hat, falle aber mit ihm nicht prinzipiell zusammen: so daß es leicht hinter demselben zurückbleiben, nie denselben übersteigen könne, wie sich namentlich bei der dem Pfandgläubiger und Nießbraucher zuständigen act. furti ergiebt.[67]) Jedoch lassen wir diesen Fall bei Seite liegen, da uns hier nur die act. furti des Eigenthümers interessirt.[68])

66) „Rei verum pretium“ l. 50 pr. D. de furt. 47, 2.

67) Vgl. als besonders lehrreich l. 14 §. 5. 6. 7. l. 46 §. 4 cfr. l. 12 § 2. l. 15 pr. D. de furt. 47, 2; ferner l. 46 §. 1 eod. l. 12 §. 5 D. de usufr. 7, 1.

68) Von den älteren Auslegungen unserer Stelle wäre einzig

Die Entscheidung Papinians steht in geradem Gegensatz zu derjenigen, welche wir bei Julian hinsichtlich

diejenige des Cujacius in recitat. in l. 12. Quaest. Papin. zu erwähnen, welcher jedoch auf ihren Inhalt nicht näher eingeht und sie nur als Ausgangspunkt einer Erörterung über das Interesse benutzt. Mißverstanden scheint die Stelle in der sehr ausführlichen Paraphrase, welche Savigny, System V. S. 449 fg. giebt. Die Worte „si nihil amplius intersit“ werden von ihm nach dem Vorgang von Voorda (bei Schulting-Smallenburg notae ad Digesta in h. l.), der das si im Sinne von etiamsi (wie werthlose Vulgathandschriften lesen) nimmt, „nicht auf die Erweiterung des Gegenstandes, sondern auf dessen zeitliche Fortdauer“ — („etiamsi desierit eius interesse“ sagt Voorda) — also auf den späteren Wegfall des Interesses bezogen. Das Beispiel vom statuliber und vom bedingten Vermächtniß wird dann auf den Fall der Klagerhebung nach dem Eintritt der Bedingung gedeutet. Und dies Alles um eine Beweisstelle für seine, schon von Cujacius energisch vertretene und von den meisten Neueren gebilligte Theorie zu erhalten, daß der Strafleistung bei der act. furti stets das gesammte Interesse als Simplum zu Grunde gelegt werde. Indessen, wenn auch die act. furti auf das Interesse ging, so wird doch die Verdoppelung bezw. Vervierfachung immer nur auf den wirklichen Werth der gestohlenen Sache bezogen werden müssen, abgesehen von dem Falle „cum cessante dominio furti actio nascitur.“ Gegen diese Annahme könnte man sich einzig auf die eigentlich selbstverständliche Entscheidung in betreff der Entwendung von Schuldurkunden u. dgl. in l. 27—32. l. 83 §. 3 D. de furt. 47, 2 berufen; aber man darf denn doch nicht übersehen, daß der Werth derselben einzig in ihrem Inhalt, nicht in dem beschriebenen Stück Papier besteht (vgl. auch l. 44 §. 5 D. de legat. I. l. 59 eod. III.), wenn auch jener Werth nur für den Gläubiger vorhanden sein mag. (Zu denken ist hier vornehmlich an den Fall, wenn die Schuldurkunde vom Schuldner, oder in dessen Auftrag oder

der condictio furtiva eines statuliber oder einer unter einer Bedingung vermachten Sache angetroffen haben. Daraus darf man aber noch nicht folgern, daß zwischen beiden Juristen eine Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Schätzung der entwendeten Sache bestanden habe und demgemäß von Julian ebenso wie bei der condictio furtiva auch bei der act. furti, oder etwa umgekehrt von Papinian in gleicher Weise wie bei der act. furti so auch bei der cond. furtiva entschieden wäre; obschon freilich nicht in Abrede

Interesse gestohlen ist). Andererseits läßt sich an so bestimmten Aussprüchen, wie in l. 50 pr. D. de furt. 47,2. (In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium) und l. 193 D. de V. S. 50, 16 (Haec verba „quanti eam rem paret esse" non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur) nicht rütteln und nicht deuteln, wie es Savigny S. 452 fg. 459 versucht. Es harmonirt hiermit auch vollkommen die bei der act. vi bonorum raptorum der Strafe zu Grunde zu legende Schätzung. (l. 2 §. 13 D. vi bon. rapt. 47, 8). Auch würde die von Savigny vertheidigte Berechnung zu ganz exorbitanten Resultaten geführt haben. So hätte bei der Entwendung eines zum Erben eingesetzten Sklaven, der später verstorben war, der mehrfache Werth der Erbschaft als Strafe geleistet werden müssen, während nach der diesseitigen Auffassung nur der einfache Werth der Erbschaft und der mehrfache Werth des Sklaven zu leisten war. Dem entspricht auch vollkommen l. 52 §. 28 D. de furt. 47, 2 (furti iudicio actor consequetur etiam pretium hereditatis . .; condicendo quoque mortuum idem consequetur. — vgl. l. 3 D. de cond. furt. 13, 1), während man sich dawider nicht auf l. 68 §. 1 eod. berufen kann, wo das „coaestimabitur" sehr wohl in dem Sinne genommen werden kann, daß zu dem zu verdoppelnden Werth der Sache noch die von dem Bestohlenen zu zahlende Conventionalstrafe bei Berechnung der Strafe hinzukomme.

gestellt werden soll, daß in diesem Punkte Streitfragen unter den römischen Juristen geherrscht haben, wie uns ja auch sonst mannigfache Controversen hinsichtlich der act. furti bezeugt sind. Nicht sowohl die Unsicherheit und leicht eintretende Unmöglichkeit der Feststellung des klägerischen Interesses in dem in Rede stehenden Falle bestimmte Papinian dazu, auf den wirklichen Sachwerth d. h. den der gestohlenen Sache an und für sich zukommenden Werth zurückzugreifen, als vielmehr Natur und Zweck der act. furti. Bei der condictio furtiva mußte es als unbedenklich erscheinen, wenn bei der Schätzung nach dem von Julian angegebenen Maßstabe eine ganz geringfügige Summe als Ersatz dem Kläger zu leisten war. Konnte doch der Beklagte noch immer nach Entscheidung der Bedingung von dem Legatar bezw. dem Erben auf Herausgabe der Sache oder Leistung ihres Werthes bezw. Mehrwerthes mit der rei vindicatio in Anspruch genommen werden. Dagegen hätte die gleiche Schätzung bei der act. furti leicht dahin führen können, daß diese ihren Zweck verfehlte und der Dieb völlig straffrei ausging oder wenigstens von der Strafleistung so gut wie befreit wurde. Denn setzen wir nur den Fall, daß die von Julian bei der condictio furtiva normirte Schätzung wegen der großen Wahrscheinlichkeit des Eintrittes der Bedingung auf ein Hundertstel des wirklichen Werthes der gestohlenen Sache hinauskam, so wäre mit Leistung von einem Fünfzigstel die Strafverpflichtung des Diebes getilgt worden, mochte die Bedingung hinterher eintreten oder ausfallen. Damit wäre aber die act. furti illusorisch geworden. Aus diesem Grunde ist auch die Annahme wenig wahrscheinlich, daß Ulpian in l. 52 §. 29 de furt. (oben S. 200) die Julianische Schätzung für die act. furti verwerthe.

Es wäre nun noch die Frage in betreff der Zuständigkeit der Klagen aus der Entwendung der vermachten

Sache nach Eintritt der Bedingung zu untersuchen. Jedoch müssen wir hier etwas weiter ausholen, indem wir zunächst den Fall betrachten, wenn die Entwendung bereits bei Lebzeiten des Erblassers stattgefunden hatte, mochte die bereits gestohlene Sache vermacht sein, oder mochte der Diebstahl nach der Anordnung des Vermächtnisses verübt werden.

Hinsichlich der condictio furtiva kann gar kein Zweifel obwalten. Sie kann weder dem Erben, noch dem Legatar zustehen. Ersterem nicht, weil er nie Eigenthümer der Sache war,[69]) da mit dem Antritt der Erbschaft unmittelbar der Legatar das Eigenthum erwirbt. Letzterem nicht, weil ihm die Sache nicht entwendet wurde, d. h. weil er zur Zeit der Entwendung nicht Eigenthümer war. Allerdings ist die cond. furtiva vererblich, aber jeder mit dem Willen des Eigenthümers eintretende Eigenthumsverlust, wie insbesondere die Veräußerung der entwendeten Sache, hebt die cond. furtiva auf; und hier ist durch eine Verfügung des Erblassers das Eigenthum auf den Legatar übergegangen. Dies findet seine volle Bestätigung[70]) durch folgende keiner Erläuterung weiter bedürftige Stellen:

l. 10 §. 2. 3 D. de cond. furt. 13, 1. Tamdiu autem condictioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat: et ideo si eam rem alienaverit, condicere non poterit. — Unde Celsus libro duodecimo Digestorum scribit, si rem

69) l. 1 D. de cond. furt. 13, 1.

70) Vgl. Pompon. l. 56 D. de O. et A. 44, 7. — condictio ex furtiva causa competit, nisi si nactus possessionem servi aut alienavero aut amisero eum. In l. 46 pr. D. de furt. 47, 2 (Ulp.) ist der Satz: hoc idem in condictione quoque placet natürlich auf den Untergang der Sache zu beschränken, nicht aber auf den vorangehenden Fall der Freilassung und den nachfolgenden der Dereliction zu beziehen.

furtivam dominus pure legaverit, heredem condicere non posse, . . quia dominium facto testatoris i. e. domini discessit. (Ulpian. l. 38 ad Edict.).

l. 11 eod. Sed nec legatarius condicere potest: ei enim competit condictio, cui res subrepta est, vel heredi eius; sed vindicare rem legatam ab eo potest. (Paul. l. 39 ad Edict.).

l. 12 pr. eod. Et ideo eleganter Marcellus definit libro septimo; ait enim: si res subrepta tua remaneat, condices, sed et si dominium non tuo facto amiseris, aeque condices. (Ulpian. l. c.).

Aus diesen Grundsätzen erklärt sich von selbst die Entscheidung in l. 14 pr. eod.

Julianus l. 22. Digestor. — Si servus furtivus sub condicione legatus fuerit, pendente ea heres condictionem habebit et, si lite contestata condicio exstiterit, absolutio sequi debebit, perinde ac si idem servus sub condicione liber esse iussus fuisset et lite contestata condicio exstitisset: nam nec petitoris iam interest hominem recipere et res sine dolo malo furis eius esse desiit. [71])

Ob wir hier im Sinne des Juristen ein bedingtes Vermächtniß bezw. eine bedingte Freilassung eines bereits gestohlenen Sklaven, oder eine erst nach dem Erwerbe der Erbschaft vor Erfüllung der Bedingung stattgefundene Entwendung voraussetzen wollen, macht keinen Unterschied: die Entscheidung müßte hier wie dort in gleicher Weise erfolgen. Bis zum Eintritt der Bedingung hat der Erbe die Klage, durch denselben wird sie aufgehoben, so daß selbst, wenn schon die Litiscontestation erfolgt war, der in Anspruch

71) Daran reiht sich unmittelbar der S. 199 mitgetheilte Schluß der Stelle.

genommene Dieb freigesprochen werden muß. Es ist beachtungswerth, daß Julian die Nothwendigkeit der Freisprechung des Beklagten nicht allein darauf gründet, daß für den Kläger kein Interesse mehr an der Wiedererlangung der Sache vorhanden sei, — da sie doch nicht mehr ihm, sondern dem Legatar gehört, bezw. der gestohlene Sklave ein Freier geworden ist — sondern auch auf den Umstand, daß der Kläger ohne Arglist des Beklagten das Eigenthum der Sache verloren hat. Der erste Grund würde für sich allein nicht immer durchschlagen; denn wenn z. B. der Erbe auf die erst nach dem Erbschaftserwerb gestohlene Sache nothwendige Verwendungen gemacht hätte, so würde er ein sehr erhebliches Interesse daran haben, sie wiederzuerlangen.

Weit schwieriger wird die Sache bei der act. furti;[72]) ja es scheint fast, als ob wir darauf verzichten müssen, eine völlig sichere Antwort auf die Frage zu geben, wem nach den Quellen diese Klage beim Vindicationslegat zustehe. Unzweifelhaft ist die Vererblichkeit der act. furti, unzweifelhaft ebenso, daß diese Klage durch Verlust des Eigenthums, ja — im Gegensatze zur condictio furtiva — selbst durch freiwillige Veräußerung der Sache nicht untergeht, wie sie auch fortbesteht, wenn der Bestohlene den Besitz der Sache wiedererlangt.[73]) Und wenn auch der Bestohlene

72) Gelegentlich berühren diese Frage Retes opuscula l. VII. c. 2. nr. 29. 30. (Meermanni thesaur. VI. p. 337) und Altamiranus ad Scaevolae quaest. tract. IV. nr. 6. (Meerm. Thes. II. p. 429), welche jedoch nicht näher auf die Sache eingehen. Nach der Meinung des ersteren ist dem Legatar die act. furti zuständig ex sua persona und nicht ex persona testatoris, während nach der Ansicht des letzteren es sich gerade umgekehrt verhält.

73) l. 56 D. de O. et A. 44, 7. (Anm. 70). Quaecumque actiones servi mei nomine mihi coeperunt competere vel ex duodecim tabulis vel ex lege Aquilia vel iniuri-

nur im Falle eines Interesses an der Erhaltung der Sache die act. furti haben kann, so darf man doch nicht übersehen, daß an dieser für die Begründung der Klage erforderlichen Voraussetzung nicht ohne Weiteres für den Fortbestand des einmal entstandenen Anspruches festgehalten werden darf. Da nun für den Erblasser die Klage einmal begründet ist, so müßte sie auch auf den Erben übergehen, und der Umstand, daß derselbe infolge des Vermächtnisses nicht Eigenthümer der entwendeten Sache ist, müßte ebenso gleichgültig erscheinen, wie der Mangel eines Interesses in seiner Person. Unfraglich hätte ja auch der Erblasser dem Einen seine Strafforderung gegen den Dieb und dem Anderen die entwendete Sache selbst vermachen können. Andererseits ließe sich aber wieder dagegen geltend machen, daß eine solche Trennung von act. furti und rei vindicatio beim Vermächtniß einer entwendeten Sache dem Willen des Erblassers schwerlich entsprechen würde.

Jedenfalls kann die act. furti nicht untergehen, gleichviel was sich mit der Sache weiter zutragen mag; dies würde sogar der Grundsatz „non oportet maleficia impunita esse“ [74]) erfordern. Es würde sich also nur fragen, ob sie dem Erben verbleibe oder dem Legatar zustehe, oder endlich ob beide sie haben. [75]) Die Quellenzeugnisse machen

arum vel furti, eaedem durant, etiamsi servus postea vel manumissus vel alienatus vel mortuus fuerit. l. 46 pr. D. de furt. 47, 2. — apparet itaque, qualiterqualiter domino sit servus subtractus, attamen superesse adversus furem furti actionem: eoque iure utimur. (Ulpian.) l. 55 §. 3 eod. — apparet recepta re nihilo minus salvam esse furti actionem. (Gai.) l. 46 §. 9. l. 66 eod. l. 10 pr. D. de cond. furt. 13, 1. l. 5 D. vi bon. rapt. 47, 8.

74) l. 51 §. 2 D. ad l. Aquil. 9, 2.

75) Darauf scheinen auch die drei Meinungen hinauszukommen,

durchaus den Eindruck, als ob wir es hier mit einer viel erörterten Streitfrage unter den römischen Juristen zu thun haben, und zwar einer Streitfrage, die sich auf die prinzipielle Auffassung des Deliktes des furtum gründet. Denn darin unterscheidet sich ja das furtum sehr wesentlich von anderen Vergehen, daß es ein fortdauerndes Delikt ist, indem es nicht durch eine einmalige Handlung consummirt wird,[76]) sondern sich in jedem Moment wiederholt, so lange noch sein Thatbestand, nämlich die contrectatio fraudulosa vorhanden ist.[77]) So konnte man denn auch zu widersprechenden Entscheidungen in Betreff der Zuständigkeit der act. furti gelangen.[78])

welche die ganz verworrene Accursianische Redaktion der Glossa „domino“ ad l. 47 D. de furt. 47, 2 referirt.

76) Wie der Diebstahl nach heutiger Rechtsanschauung durch die Wegnahme der Sache (Strafgesb. f. d. deutsche Reich §. 242), so daß das „fortdauernde Behalten der gestohlenen Sache nur als Folge des Delikts erscheint,“ wie H. Mayer, Lehrb. d. Strafrechts 2. Aufl. §. 75 Anm. 2 sich ausdrückt. (Vgl. v. Liszt, Reichsstrafrecht S. 160: es wird „durch eine einmalige Handlung ein dauernder rechtswidriger Zustand erzeugt“).

77) S. vor Allem einerseits l. 68 §. 2 D. de furt. 47, 2 (Celsus), andererseits l. 9 pr. eod. (Pomponius). Vgl. l. 6 eod. (Paulus). l. 50 pr. eod. (Ulpian.) l. 52 §. 14 eod. l. 13 D. de cond. furt. 13, 1. Auch l. 11 pr. D. de minor. 4, 4. l. 1 C. de nox. act. 3, 41.

78) Anders verhält es sich z. B. beim Delikt der Sachbeschädigung. (Doch mögen auch darüber anfangs doktrinäre Zweifel bestanden haben, ob überhaupt dem Erben die act. l. Aquiliae zustehe. l. 43 l. 13 §. 2 ad l. Aquil. 9, 2). Vgl. oben S. 171 fg. Desgleichen verbleibt dem Erben auch die act. de servo corupto, wenn der Sklave vermacht war, l. 8 cfr. l. 13 §. 1 D. de servo corr. (11, 3).

In erster Reihe kommt hier in Betracht l. 47 D. de furt. 47, 2:

Paulus l. IX. ad Sabin. — Si dominium rei subreptae quacumque ratione mutatum sit, domino furti actio competit, veluti heredi et bonorum possessori et patri adoptivo et legatario.

Daß diese vielleicht von Sabinus aufgestellte Rechtsregel, wonach die actio furti dem jedesmaligen Eigenthümer und nur diesem zustehen soll, in ihrer generellen Fassung unrichtig ist, muß einleuchten, wenn wir an den Fall der Veräußerung der gestohlenen Sache denken.[79]) Und sie wird auch gleich durch die angeführten Fälle, in denen sie Anwendung finden soll, begrenzt. Die ersten drei beziehen sich auf die Universalsucession.[80]) Es möchte auffallend erscheinen, daß der Uebergang der act. furti auf die Universalsuccessoren als ein besonderer Anwendungsfall jener Regel hervorgehoben wird. Indessen in Wahrheit handelt es sich hiebei nicht um den Uebergang der Klage, sondern um die Zuständigkeit derselben für den Universalsuccessor als den neuen Eigenthümer der entwendeten Sache, an welcher die Contrectation fortdauert.[81]) Damit ergiebt sich

79) S. die Stellen in Anm. 73.

80) In Betreff der Arrogation s. noch Ulpian. l. 41 §. 1 D. eod. (Der Ausdruck „certum est“ bedeutet hier soviel wie constat: „es steht fest, ist anerkannt worden," schließt also in sich, daß dies nicht so ganz selbstverständlich sei, ja daß vielleicht auch Zweifel darüber bestanden haben, — im Gegensatz zu dem Falle der späteren Entwendung, wo „nulla dubitatio“ stattfinden soll.)

81) So z. B. auch in dem Falle wenn für den Erblasser die Klage nicht begründet war. l. 11 D. de minor. 4, 4. l. 1 C. de nox. act. 3, 41. l. 15 D. de cond. furt. 13, 1. l. 17 §. 1 D. de furt. 47, 2. vgl. l. 36 §. 1 D. ad l. Aquil. 9, 4. Der Uebergang der Pönalklagen auf die

uns zugleich das richtige Verständniß der dem Legatar zugesprochenen act. furti.

Doch zuvor ist noch der Ausspruch eines anderen Juristen in l. 57 pr. D. eod. [82]) heranzuziehen. „Interdum — sagt hier Julianus — fur etiam manente poenae obligatione in quibusdam casibus rursus obligatur, ut cum eo saepius eiusdem rei nomine furti agi possit.“ Das soll zunächst der Fall sein, „si possessionis causa mutata esset,“ nämlich wenn der Dieb die gestohlene Sache, nachdem sie in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt ist, aufs Neue entwendet. [83]) Das scheint ja auch selbstverständlich, da hier mehrere getrennte Handlungen vorliegen, von denen jede den Thatbestand eines besonderen Deliktes bildet. Nun fährt der Jurist aber weiter fort: Sed et si persona domini mutata esset, altera poena obligatur. Das kann offenbar im Gegensatz zum ersten Falle nur von einem Wechsel in der Person des Eigenthümers, also von einem Eigenthumsübergang, der ohne Besitzveränderung eintritt, verstanden werden. [84]) Dies sind aber gerade die Fälle, von denen unsere l. 47 handelt, und insbesondere der des Vindicationslegates der res furtiva. [85])

Erben des Verletzten war vielleicht auch nicht von jeher anerkannt. Andererseits konnte auch der im Gesetz gebrauchte Ausdruck „dominus“ Skrupel machen.

82) Die Stelle ist ebenso wie l. 14 D. de cond. furt. 13, 1 (oben S. 207) aus Julian. l. 22 Digest. entnommen.

83) Ulp. l. 46 §. 9 eod.

84) So schon die Gl. „obligatur“ ad h. l. welche gegenüber der abweichenden Auffassung des **Rogerius**, der an die abermalige Entwendung nach Wiedererlangung der Sache denkt, treffend bemerkt: „sed de hoc nemo dubitat, cum superius responsum hoc satis dixerit.“

85) Daneben käme nur noch in Betracht der Fall der Adju-

Es bleibt zweifelhaft, ob hier Julian dem neuen Eigenthümer stets oder nur unter bestimmten Voraussetzungen die act. furti einräumen will. Sicher ist aber, daß seiner Meinung nach unter gewissen Umständen hier der frühere und der neue Eigenthümer mit der Strafklage sollen concurriren können, so daß zu der dem ersteren verbleibenden act. furti möglicherweise die neue des letzteren hinzutritt. Diese Auffassung aber tritt in entschiedenen Widerspruch mit dem von Celsus scharf betonten Satze, daß trotz andauernder Contrectation immer nur „unum furtum" vorhanden sei und „semel dumtaxat furti agi potest": [86]) ein Satz, der auch bei einem Eigenthumswechsel hinsichtlich der entwendeten Sache gelten muß.

Die richtigere Auffassung findet sich in l. 67 §. 1 eod. vertreten, durch welche Stelle die l. 47 erst ihr volles Verständniß gewinnt:

Paulus l. VII. ad Plautium. — Si is cui res subrepta sit, dum apud furem sit, legaverat eam mihi, an, si postea fur eam contrectet, furti actionem habeam? et secundum Octaveni sententiam mihi soli competit furti actio, cum heres suo nomine non habeat: quia, quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat.

Zunächst wird hier die act. furti des Legatars an die Voraussetzung einer späteren d. h. nach dem Erwerbe des Vermächtnisses (also nach dem Erbschaftsantritt) stattfindenden, mithin einer fortdauernden Contrectation geknüpft. Gesetzt also, der Dieb befände sich in dem entscheidenden Zeitpunkt nicht mehr im Besitze der Sache, so könnte schon deshalb

dikation an den Miteigenthümer bei der Entwendung einer gemeinschaftlichen Sache vgl. l. 12 §. 1 D. de cond. furt.

86) l. 68 §. 2 D. de furt. 47, 2.

von einer dem Legatar zuständigen act. furti nicht die Rede sein, diese würde vielmehr dem Erben verbleiben. Sodann soll, wenn die Klage überhaupt für den Legatar begründet ist, sie ihm auch einzig zustehen. Denn suo nomine kann der Erbe die act. furti nicht haben, da die fragliche Contrectation, um welche es sich hier handelt, nicht ihm, sondern dem Legatar, als Eigenthümer, gegenüber stattgefunden hat, gegen ihn also kein furtum begangen worden ist. Und andererseits ex testatoris persona, also als ererbte Klage kann die act. furti dem Erben nicht verbleiben, weil sie schon dem Legatar zusteht (gemäß der Regel, daß beim Eigenthumswechsel unter den angegebenen Voraussetzungen der neue Eigenthümer die act. furti habe) und weil aus dem einmaligen furtum nicht zwei auf dasselbe gerichtete Strafklagen hervorgehen können, von denen die eine dem Erben des früheren Eigenthümers, die andere dem jetzigen Eigenthümer zuständig wäre.[87])

Dieselben Grundsätze finden auch auf den Fall des bedingten Vermächtnisses, von dem wir ausgegangen sind, Anwendung. Auch hier würde also die Voraussetzung der

87) Nehmen wir an, daß dem Diebe die Sache selbst wieder entwendet wird, so würde, wenn die zweite Entwendung vor dem Erwerbe des Legates stattgefunden hätte, der Erbe gegen den ersten, der Legatar gegen den zweiten Dieb klagen können, während, wenn das Legat zur Zeit der zweiten Entwendung bereits erworben wäre, dem Legatar die beiden actiones furti zustehen würden. Vgl. l. 77 §. 1 D. de furt. 47, 2. — Es mag hier noch besonders hervorgehoben werden, daß nach der Regel „quacumque ratione dominium mutatum est, domino furti actio competit" die Klage dem neuen Eigenthümer im Widerspruch mit dem von Scävola in l. 1 §. 15 D. si is q. test. 47, 4 aufgestellten Grundsatz „possessionis furtum fieri" (wenn man ihn richtig auffaßt), gegeben wird.

act. furti des Legatars immer eine nach Eintritt der Bedingung fortdauernde Contrectation der Sache bilden. Im Uebrigen aber kommt es darauf an, ob die Sache schon bei Lebzeiten des Erblassers oder erst nach dem Antritt der Erbschaft entwendet war. Daß im ersteren Falle dasselbe gelten muß, wie beim unbedingten Vermächtniß, ist einleuchtend. Zweifelhafter erscheint der zweite Fall, in welchem die Klage noch nicht für den Erblasser, sondern erst für den Erben aus dem gegen ihn selbst verübten Diebstahl begründet war, ihm somit auch, da er sie suo nomine und nicht testatoris nomine hatte, verbleiben könnte, nachdem der Legatar das Eigenthum der Sache erworben hat. Jedoch, wenn man beachtet, daß auch beim bedingten Legat das Eigenthum recta via vom Erblasser auf den Vermächtnißnehmer übergeht, so läßt sich auch hier sagen, daß mit Eintritt der Bedingung die act. furti dem Legatar zustehe. Hier wie dort würde aber die Klage, wenn sie bereits pendente condicione vom Erben erhoben ist, für den Legatar wegfallen.

Wir haben bisher absichtlich eine Stelle ganz übergangen, die auf den ersten Blick unseren Ausführungen den Boden zu entziehen scheinen könnte. Es ist l. 52 §. 29 D. de furt. 47, 2.

Ulpianus l. 37 ad Edict. — Si statuliber subreptus sit vel res sub condicione legata, deinde, antequam adeatur, exstiterit condicio, furti iam agi non potest, quia desiit interesse heredis.[88])

Bleiben wir bei dem zuerst sich darbietenden Wortverstande der Stelle stehen, wonach die unter einer Bedingung vermachte Sache oder der bedingt freigelassene Sklave nach dem Tode des Erblassers vor Antritt der Erbschaft gestohlen ist, so würde sie einen ganz richtigen, aber auch ebenso

88) Den Schluß der Stelle s. S. 200. Vgl. auch S. 205.

selbstverständlichen Satz aussprechen. Denn da bekanntlich „rei hereditariae furtum fieri non potest," so kann hier eine act. furti nicht stattfinden.[89]) Es bliebe nur sonderbar, warum Ulpian gerade an einem bedingten Vermächtniß jenen geläufigen Grundsatz exemplificirte, und warum er die Unstatthaftigkeit der act. furti durch das mangelnde Interesse des Erben begründete. Müßte doch ferner auch dasselbe gelten, wenn die Bedingung ausgefallen wäre, ja selbst wenn sie sich erst nach Antritt der Erbschaft entschieden hätte.

Es liegt somit nahe, die Stelle auf eine schon bei Lebzeiten des Erblassers stattgefundene Entwendung zu beziehen. Ist die Bedingung bereits beim Antritt der Erbschaft erfüllt, so soll dem Erben die act. furti nicht zustehen, weil sein Interesse weggefallen ist. Aber kann man denn hier wohl von einem desinere interesse heredis

89) Dies hat schon die Glossa: antequam adeatur ad h. l. gesehen. Das absolut stehende „antequam adeatur" ist allerdings befremdlich und könnte möglicherweise mißverständlich von den Compilatoren im Hinblick auf den Satz „antequam . . adeat" im vorangehenden §. 28 d. l. interpolirt worden sein. Wahrscheinlich ist diese Annahme jedoch nicht und jedenfalls darf an dem durch die Basiliken gestützten Text nichts geändert werden. Die Glosse bemerkt, daß zu adeatur entweder hereditas oder iudex hinzuzudenken sei. Die letztere Auslegung hat bei Altamiranus l. c. nr. 13 p. 431 Beifall gefunden, dessen weiteres Argument aber, daß erst nach Antritt der Erbschaft von einem statuliber gesprochen werden könne, nicht viel Werth hat. Jedoch auch damit ist für die Erklärung der Stelle so gut wie nichts gewonnen. Uebrigens wird „adeatur hereditas," was natürlich bloße Conjectur ist, gelesen in den Ausgaben von Koburger (Nürnberg 1483) Stephanus (Paris 1528) Haloander (Nürnberg 1529).

sprechen, wo doch ein Interesse überhaupt erst mit dem Erbschaftserwerbe für den Erben begründet sein würde? Und wenn man hier eine bloße entschuldbare Incorrektheit des Ausdruckes annehmen dürfte, würde der von Ulpian angegebene Grund der Unzulässigkeit der act. furti, nämlich das mangelnde Interesse des Erben, nicht auch zur Abweisung der Klage desselben im Falle der Erfüllung der Bedingung nach dem Erbschaftserwerbe führen müssen? Könnte man nun auch diese Consequenz allenfalls beim bedingten Vermächtniß im Hinblick auf die möglicherweise dem Legatar zustehende act. furti hinnehmen, so wäre es doch mehr als bedenklich, die bereits für den Erblasser begründete und zwar auf den Erben schon übergegangene Strafforderung durch den Eintritt der Bedingung beim statuliber untergehen zu lassen. (S. oben S. 209).

Ja noch weiter! Aus dem von Ulpian angegebenen Entscheidungsgrunde würde auch folgen, daß beim unbedingten Vermächtniß mit dem Antritt der Erbschaft die act. furti für den Erben nie begründet wäre, selbst wenn sie der Legatar nicht hätte. Dies alles ist im höchsten Grade anstößig. Wollte man daher nicht annehmen, daß Ulpian die Entscheidung Julians in l. 14 pr. D. de cond. furt. 13, 1 in gedankenloser Weise auf die act. furti übertragen habe, so bleibt nichts übrig, als die Ausführung des ersteren auf die condictio furtiva zu beziehen,[90]) für welche sie auch vollkommen zutreffend ist.

III. Fassen wir die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung kurz zusammen, so gelangen wir, indem wir von dem bedingten Vermächtniß hier absehen, für das Justinianische Recht zu folgenden Sätzen: 1) Bildet den Gegenstand des Vermächtnisses eine Erbschaftssache, so sind im

90) So auch die Glossa: desiit und Gl. emptorem ad l. 52 §. 29 cit.

Falle der (ohne Verschulden des Erben erfolgten) Zerstörung, Beschädigung oder Entwendung derselben nach dem Erbschaftserwerbe dem Legatar die betreffenden Deliktsklagen zuständig. Hat die Zerstörung oder Beschädigung vor dem Erbschaftserwerbe stattgefunden, so kann der Vermächtnißnehmer die Abtretung dieser Klagen bezw. die Herausgabe des mit ihnen Gewonnenen vom Erben verlangen. War der Diebstahl bereits bei Lebzeiten des Erblassers verübt, so hat der Vermächtnißnehmer die aus dem Diebstahl entspringenden Klagen, insofern die Contrectation noch nach dem Erbschaftserwerb fortdauert, während er andernfalls die Cession der dem Erben zuständigen actio furti nicht beanspruchen kann. In jedem Falle bleibt aber der Erbe verpflichtet, die ihm selbst gegen seinen zur Restitution der Sache verpflichteten Schuldner (möge er die schädigende Handlung selbst verübt haben oder wegen Vernachlässigung der custodia haften) zustehenden Contractsklagen dem Vermächtnißnehmer abzutreten, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob die Zerstörung, Beschädigung, Entwendung der Sache vor oder nach dem Antritt der Erbschaft stattgefunden hat. 2) Ist dagegen eine dem Beschwerten selbst gehörige Sache vermacht worden, so hat der Vermächtnißnehmer gegen denjenigen, welcher den vermachten Gegenstand beschädigt oder vernichtet, nur die act. doli, soweit deren Voraussetzungen zutreffen, dagegen keinen Anspruch gegen den Beschwerten auf Cession der aquilischen Klage; im Falle der Entwendung kann er die Abtretung der dem letzteren zustehenden reipersecutorischen Klagen verlangen. Ob vor oder nach dem Antritt der Erbschaft die schädigende Handlung erfolgt ist, muß als unerheblich erscheinen; entscheidend ist hier der Zeitpunkt des Erbfalles.

Daß dies Ergebniß ein sicheres sei, läßt sich nicht behaupten; es muß vielmehr anerkannt werden, daß nach Lage der Quellen, wenigstens für den zweiten Punkt eine Ge-

wißheit hinsichtlich der Grundsätze des Justinianischen Rechts in unserer Frage nicht zu erreichen ist. Als befriedigend kann dies Ergebniß auch kaum bezeichnet werden. Es ist daher begreiflich genug, wenn man in neuerer Zeit geneigt ist, indem man die Regel „commodum eius esse debet, cuius periculum est“ bei allen Obligationen zur Anwendung bringen will, einen Anspruch des Bedachten auf Cession der gegen den Dritten begründeten Klagen, wenn der Gegenstand selbst ohne Verschulden des Beschwerten nicht oder nicht in vollem Umfange geleistet werden kann, bei jeder Vermächtnißforderung anzunehmen.[91]) Dagegen ließe sich im Prinzip nichts einwenden, nur wird man folgerichtig den Anspruch des Legatars nicht bloß auf die eigentlichen Deliktsklagen beschränken dürfen, sondern ihm hinsichtlich aller Schadensersatzforderungen überhaupt, also auch derjenigen, die für den Beschwerten aus einem bestehenden obligatorischen Verhältniß hervorgehen (z. B. actio commodati, locati, mandati u. s. w.), anerkennen, und ferner nicht bloß, wenn der Verlust oder die Schädigung der vermachten Sache erst nach dem Vermächtnißerwerbe, oder dem Erwerbe der Erbschaft, sondern auch wenn sie nach dem Zeitpunkt des Erbfalles (nicht Anfalles des Vermächtnisses) eintritt, den Beschwerten zur Abtretung seiner Ersatzforderung für verpflichtet halten müssen. Beim Untergange oder bei Beschädigung der dem Erblasser gehörigen Sache bei Lebzeiten desselben läßt sich ein solcher Anspruch des Legatars nicht begründen; dagegen wird im Falle der Entwendung, wenn man die für die actio furti geltenden Grundsätze des römischen Rechtes nicht auf die heutige Schadens-

91) So vornehmlich Mommsen Erörterungen I. S. 103; vgl. Unger österreich. Erbrecht §. 64 Anm. 9 u. s. auch Windscheid Pand. II. §. 264 Nr. 2. Vgl. sächsisches Gesetzb. §. 960.

ersatzforderung wegen Diebstahles übertragen will, dem Legatar ein Anspruch gegen den Erben auf Abtretung der zuständigen Klage nicht versagt werden können.

Der Entwurf des bürgerl. Gesetzbuches f. d. deutsche Reich enthält für den uns beschäftigenden Fall bei Vermächtnissen keine besonderen Bestimmungen. Es entscheiden also, wie die Motive (V. S. 155) ausdrücklich hervorheben, die allgemeinen für Schuldverhältnisse geltenden Rechtsgrundsätze. Da nun der durch unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung befreite Schuldner nach §. 238 des Entwurfes den für den Gegenstand der Leistung erlangten Ersatz oder Ersatzanspruch dem Gläubiger herauszugeben bezw. abzutreten hat, so ist der Beschwerte dem Vermächtnißnehmer in gleicher Weise verpflichtet, wenn die vermachte Sache nach dem Erbfalle beschädigt oder vernichtet wird. Mit Recht hat der Entwurf von einer besonderen Bestimmung für den Fall des Unterganges oder der Beschädigung des Gegenstandes bei Lebzeiten des Erblassers Abstand genommen. Daß hiedurch aber der Fall der Entwendung nicht betroffen werden kann, liegt auf der Hand. So wird namentlich auch, wenn die Entwendung bereits zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses stattgefunden hatte, der Beschwerte zur Abtretung seines Ersatzanspruches schon dem Willen des Erblassers gemäß verpflichtet sein.[92]

92) Was das preußische Recht anbetrifft, so wird auf unseren Fall der von Gruchot, preuß. Erbrecht I. S. 580, wie es scheint, nicht beachtete §. 14 A. L. R. I. 16 Anwendung finden können, wonach bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung der Schuldner dem Berechtigten so weit haftet, „als er aus der unterbleibenden Erfüllung mit dessen Schaden Vortheil ziehen würde.“

§. 1526. d.

Verschuldete Unmöglichkeit der Leistung. Culpa und Mora des Belasteten.

I. Ist die Unmöglichkeit der den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Leistung, insbesondere der Untergang, Verlust, die Beschädigung oder Verschlechterung der vermachten Sache durch den Onerirten verschuldet,[1]) so haftet er dem Vermächtnißnehmer auf das Interesse. Für welche Art und welchen Grad der Verschuldung derselbe einzustehen habe, ist nicht unbestritten, was aber, mehr in der verschiedenen Auffassung der Culpa bei den Neueren, als in den Aussprüchen der Quellen seinen Grund hat. Meistens wird hier dem Erben die Prästation von culpa schlechthin aufgebürdet;[2]) vereinzelt findet sich die Haftung für dolus et culpa ausgesprochen.[3]) Dem gegenüber kommen nicht in Betracht diejenigen Stellen, nach welchen der Erbe nur für dolus verantwortlich ist, da wir es dort nur mit einer

1) Die Prästation der Culpa des Vermächtnißschuldners berührt gelegentlich Hasse in seiner Schrift über die Culpa; ganz oberflächlich wird sie von Roßhirt, Lehre von d. Vermächtnissen I. S. 392. 494. behandelt. Dagegen sind hervorzuheben die auf die vorliegende Frage öfters eingehenden gründlichen geschichtlichen Untersuchungen von Pernice, Labeo II. Kap. 4 Nr. VII. X.

2) Pompon. l. 48 §. 1 D. de legat. I. (oben S. 179). Ulpian. l. 47 §. 2. 4 eod. (S. 153). l. 59 eod. Marcian. l. 114 §. 19 eod. Maecian. l. 30 §. 4. 5. D. ad l. Falc. 35, 2.

3) Pompon. l. 26 §. 1 D. de legat. I. Si certum corpus heres dare damnatus sit, . . si id postea sine dolo et culpa heredis perierit, deterior fit legatarii condicio.

ungenauen Formulirung zu thun haben.[4]) Befremdlicher ist, was Pomponius in l. 23 D. de V. O. 45, 1[5]) erklärt:

Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo[6]) eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.

Hiernach möchte es allerdings scheinen, daß der Erbe beim Untergange der vermachten Sache nur dann in Anspruch genommen werden könne, wenn derselbe durch seine unmittelbare Einwirkung auf die Sache herbeigeführt, diese also durch ihn selbst vernichtet ist. Daß hier nicht der für die Verantwortlichkeit des belasteten Erben maßgebende

4) Modest. l. 32 §. 5 D. de legat. II. (oben S. 152). Ulpian. l. 53 §. 9 D. de legat. I. Servus legatus, si ab hostibus captus sit sine dolo heredis, non praestabitur; si dolo, praestabitur. Von dolus könnte hier schon gesprochen werden, wenn der Erbe den vermachten Sklaven in Kenntniß des Vermächtnisses „mit ins Feld nahm;" s. Pernice S. 275. Vgl. l. 91 §. 1 D. de V. O. 45, 1.

5) Die Inscription der Stelle lautet: Pomponius l. IX. ad Sabinum. Daß die Buchzahl nicht richtig ist, hat schon Cujacius (ad l. 6 D. de usufr. leg. in Recitt. ad h. t.) bemerkt, welcher l. XV. emendirt. Lenel, palingen. II. p. 111 will die Stelle in l. XIX. versetzen. Möglicherweise ist sie aber — obwohl die Bedenken, die sich aus der Reihenfolge der Excerpte ergeben, nicht verkannt werden sollen — aus dem l. VI. entnommen und stand in nahem Zusammenhange mit l. 48 §. 1 oder l. 36 §. 3 D. de legat. I.

6) Th. Mommsen (und vor ihm schon die Digestenausgabe von Stephanus 1528) emendirt „vivum"; es könnten aber auch die Worte „vivo eo" hinter „quam si" gesetzt werden.

Grundsatz des Justinianischen Rechts ausgesprochen ist, braucht kaum hervorgehoben zu werden.[7]) Ja es bleibt auch mindestens fraglich, ob selbst Pomponius die Haftung des Erben auf die hervorgehobenen Fälle beschränken[8]) und eine für Damnationslegat und Stipulation gleichmäßig geltende Regel aufstellen wollte. Denn die Tödtung des Sklaven ließe sich auch als ein besonders drastisches und dazu für das Legat wie für die Stipulation zutreffendes Beispiel eines durch den Schuldner verschuldeten und von ihm zu prästirenden Unterganges der Sache auffassen. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß die Stelle auf Sabinus zurückgeht. Jedenfalls ist uns in ihr eine Spur der älteren Rechtsauffassung enthalten, nach welcher der Erbe beim Legat gerade so wie der Schuldner in der Stipulation (abgesehen von Mora) nur für den durch seine positive Handlung bewirkten Untergang der geschuldeten Sache haftete, indem facto debitoris die Obligation perpetuirt wurde.[9]) Auch beim Vindicationslegat erstreckte sich die Haftung des Erben ursprünglich nicht weiter, wie die des Besitzers einer fremden Sache überhaupt gegenüber dem vindicirenden Eigenthümer, also anfänglich doch wohl nur auf aquilische Culpa und arglistige Besitzentäußerung.

Wie dem nun aber auch sein mag, die spätere Jurisprudenz hat jene beschränkte Haftung beim Vermächtniß aufgegeben, während sie an ihr bei der Stipulation festhielt. Hiezu konnte man aber erst gelangen, wenn man von einer

7) Daß die Compilatoren mit der Aufnahme der Stelle unvorsichtig gewesen sind, wird man zugeben müssen.

8) Vgl. die in Anm. 2. 3. angeführten Stellen.

9) Paul. sent. V. 7. §. 4: Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret; vgl. l. 91 pr. D. de V. O. 45, 1 u. vgl. überhaupt Pernice S. 270 fg.

anderen Auffassung des Vermächtnisses wie der bisherigen ausging, zu welcher auch die Anerkennung der Fideicommisse nöthigte. Sobald man erkannte, daß jedes Vermächtniß für den Belasteten eine Obligation begründe, dessen Inhalt die Verwirklichung der letztwilligen Zuwendung in dem vollen vom Erblasser gewollten Umfange bildet, konnte man auch die Verbindlichkeit des Erben beim Damnationslegat nicht mehr auf ein striktes dare oportere wie bei der Stipulation beschränken, sondern man mußte auch hier den Belasteten als einen Quasimandatar des Erblassers oder Quasi-negotiorum gestor des Legatars behandeln und ihn für ein jedes der Vermächtnißobligation widersprechendes Verhalten verantwortlich machen. Dies führte dazu, eine gleiche Prästation der Culpa, wie bei den bonae fidei Obligationen, bei allen Vermächtnissen, also ohne Unterscheidung zwischen Damnations-, Vindicationslegat und Fideicommiß, festzusetzen.

Die für die Haftung des Erben entscheidende Stelle ist l. 47 §. 5 D. de legat. I.

Ulpianus l. 22 ad Sabin. — Culpa autem qualiter aestimanda sit, videamus, an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis sit? an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est.

Nachdem Ulpian in den vorangehenden Paragraphen dieser Stelle ausgesprochen hat, daß der Erbe in Anspruch genommen werden könne, wenn der Untergang der vermachten Sache durch ihn verschuldet sei, wird hier die Verschuldung dahin näher bestimmt, daß sie jederlei culpa umfassen und daß der Erbe alle Sorgfalt auf die vermachte Sache zu verwenden habe.[10]) Es findet sich hier also der für

10) Daß wirklich erst Ulpian den beschwerten Erben für Diligenz verantwortlich gemacht habe, wie Pernice S. 279

die Culpahaftung beim Vermächtniß geltende Grundsatz formulirt. Es wird, wie auch sonst häufig,[11]) neben der culpa levis noch die diligentia als etwas besonderes, was vom Erben beansprucht werden könne, hervorgehoben.[12]) Bei dieser Zusammenstellung wird man unter culpa levis nicht bloß die sog. aquilische culpa verstehen dürfen,[13]) sondern an fahrlässiges Handeln überhaupt denken müssen, so daß darunter Verfügungen über den Gegenstand fallen, durch welche, wenn auch nur mittelbar der Untergang oder Verlust oder die Verschlechterung desselben herbeigeführt wor-

annimmt, will mir damit nicht recht vereinbar scheinen, daß schon Julian das für den bonae fidei actiones aufgestellte „Schema für die Culpahaftung“ auf das Vermächtniß übertragen hat.

11) Ulp. (Q. Mucius) l. 5 §. 2. 15 D. commod. 13, 6. l. 23 D. de R. J. vgl. Paul. l. 25 §. 16 D. fam. erc. 10, 2. (Daß diese Stelle so, wie sie handschriftlich überliefert ist, nicht lauten kann, hat Th. Mommsen gesehen. Sie möchte so in Ordnung gebracht werden können, daß der Satz „quoniam cum herede — eum“ hinter paterfamilias und der Satz „quoniam hic — gerendi“ hinter competit versetzt wird, so daß der Passus „et ideo — gerendi“ parenthetisch zu nehmen wäre. Dies würde vielleicht mehr dem Style des Paulus entsprechen, als die der Mommsen'schen Emendation zu Grunde liegende Wiedergabe der Stelle im index des Stephanus (Basil. XLIII, 2, 25, 16. Sch. 13. Heimb. IV. p. 267), dem selbst ein verworrener Text vorlag. Indessen der ganze Satz „quoniam — eum“ macht durchaus den Eindruck einer alten in den Text des Paulus gerathenen Randbemerkung).

12) Wovon freilich Hasse a. a. O. S. 157 fg. nichts wissen will.

13) Wie Brinz Pand. 2. Aufl. II. S. 251 Anm. 10 annimmt, was schon schlecht zu den von Ulpian vorhin hervorgehobenen Fällen paßt.

den ist, Verfügungen, welche noch keineswegs eine aquilische Haftung zu begründen brauchen.[14]) Dem gegenüber begreift die diligentia eine positive Thätigkeit im Interesse der andern Partei (hier des Legatars) in sich, bezieht sich also auf diejenigen Vorkehrungen und Handlungen, die zur Erhaltung der Sache in unversehrtem Zustande und zur Sicherung vor dem Verlust erforderlich sind.[15])

Nach diesem im Justinianischen Recht anerkannten Grundsatze ist der mit dem Vermächtniß Belastete nicht bloß zur sorgfältigen Aufbewahrung der Sache,[16]) zur Unterhaltung und Instandhaltung derselben, zur ordentlichen Kultur des Grundstückes u. dgl. verpflichtet, sondern er kann auch in

14) So z. B. wenn die Sache unvorsichtigerweise einem Anderen anvertraut wird. Vgl. ferner den Fall der l. 53 §. 8 D. de legat. I.: Si servum non ipse occidit, sed compulit ad maleficium, ut ab alio occideretur vel supplicio afficeretur, aequissimum erit pretium eum praestare (Ulp.). Oder der Erbe giebt die Sache dem angeblichen Legatar heraus, ohne die Legitimation des Empfängers zu prüfen, u. s. w.

15) Ob Pernice a. a. O. S. 283 fg. damit übereinstimmt, vermag ich nicht zu erkennen.

16) Worunter nöthigenfalls auch die Deposition fällt, wie z. B. bei Geldern, Werthpapieren, Pretiosen u. dgl. Ich vermeide absichtlich den Ausdruck custodia, da ihn die Quellen bei der Vermächtnißobligation nicht anwenden und da es vielleicht zweifelhaft ist, ob dem Belasteten custodia im technischen Sinne obliege; muß dabei aber doch bekennen, daß ich im neueren römischen Recht trotz der eingehenden Erörterung der Quellenzeugnisse und der — vielleicht zu scharf zugespitzten — dialektischen Deduktion von Brinz II. §. 268. 269. (dem Dernburg Pand. II. §. 37 beizustimmen scheint) eine begriffliche Verschiedenheit zwischen custodia und Diligenz nicht wahrzunehmen vermag (vgl. Pernice S. 346. 359), so lange nicht die praktische Differenz beider durch Beispiele dargethan wird.

Anspruch genommen werden, wenn er solche im Interesse des Vermächtnißnehmers liegende Handlungen, Auslagen und Leistungen versäumt, denen unter den obwaltenden Umständen ein diligens paterfamilias sich nicht entziehen durfte.[17]) So macht er sich z. B. auch verantwortlich, wenn er es unterläßt, die im Besitz eines Dritten befindliche Vermächtnißsache diesem abzufordern und dieselbe infolge dessen verloren geht oder ersessen wird; ebeno swenn er die dem vermachten Grundstücke zuständigen Servituten nicht ausübt und diese nun verjähren. Besonders ausgesprochen ist es in den Quellen noch, daß dem Erben die Verpflichtung zur Stellung der cautio damni infecti obliege und er dem Vermächtnißnehmer hafte, wenn ex secundo decreto das Gebäude in das Eigenthum des Bedrohten übergegangen ist.[18]) Daraus ergiebt sich, daß der Belastete überhaupt verpflichtet ist, Ansprüche, die auf oder gegen den Vermächtnißgegenstand erhoben werden, abzuwehren, was sich von praktischer Bedeutung namentlich dann erweist, wenn es sich um eine Nachlaßsache handelt. So hat er den vermachten Sklaven gegen Noxalansprüche zu defendiren und unter Umständen auch die litis aestimatio zu leisten;[19]) ebenso wenn mit der Pfandklage die Herausgabe der Sache verlangt wird, den Kläger abzufinden.[20])

17) So würde der Beschwerte auch verpflichtet sein, die Sache gegen Feuersgefahr zu versichern u. dgl.

18) Ulp. l. 53 §. 6 D. de legat. I. Item si aedes legatas ob damnum infectum possideri passus est, puto teneri: debuit enim repromittere.

19) l. 53 §. 4 eod. Vgl. unten §. 1526. f. unter II. A.

20) Vgl. auch l. 80 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1. Hiebei ist natürlich für das klassische Recht nur an das Vindicationslegat und für das Justinianische an den Fall zu denken, wenn dem Erben nicht überhaupt nach dem Willen des

Unser Grundsatz findet aber nicht ausnahmslose Anwendung. Eine solche Ausnahme tritt uns in dem Falle entgegen, wenn ein Vermächtnißnehmer selbst wieder mit der Herausgabe des Empfangenen fideicommissarisch beschwert ist. Hier soll derselbe, da er selbst von der letztwilligen Zuwendung keinen Vortheil hat, nach der für die bonae fidei Obligationen geltenden, aber bekanntlich keinesweges consequent durchgeführten Regel[21]) nur für dolus und lata culpa haften. Freilich ist der Fall, auf welchen jene Regel in der bekannten l. 108 §. 12 D. de legat. I. angewendet wird, auch wieder besonderer Natur.

Africanus l. V. Quaestionum. — Cum quid tibi legatum fideique[22]) tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicuti in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.

Es handelt sich hier um die gerichtliche Eintreibung des dem Belasteten hinterlassenen Vermächtnisses. Soll ein Legatar den vermachten Gegenstand wieder herausgeben, so geht im Allgemeinen seine Verbindlichkeit dem letzteren gegenüber auf nicht mehr, als auf ihn selbst wirklich gekommen ist. Verpflichtet wird er allerdings schon durch den

Erblassers die Befreiung der Sache vom Pfandrecht oblag; s. oben S. 81 fg.

21) Ueber dieselbe vgl. vornehmlich Pernice S. 280 fg.

22) So ist offenbar mit Haloander (und der in der Ausgabe von Mommsen angeführten Hdschr.) statt des sinnlosen, nur auf einem Schreibfehler beruhenden „fideive“ zu lesen. Sonst müßte ja auch statt „tibi“ vielmehr „a te“ stehen.

Erwerb des Vermächtnisses, ebenso wie der Erbe dem Legatar durch den Erbschaftserwerb. Aber Inhalt und Wirksamkeit der dem Fideicommissar zustehenden Vermächtnißforderung ist bedingt durch die Realisirbarkeit des dem Belasteten zugewendeten Vermächtnisses.[23]) Jedoch, da es ihm eingeräumt ist, sich durch Cession seines Vermächtnißanspruches (act. ex testamento oder rei vindicatio) von seiner Verbindlichkeit zu befreien, so muß er auch, wenn er dies nicht thut, für die ihn bei der Einforderung des Vermächtnisses treffende Verschuldung einstehen. Er haftet also, wenn durch seine Schuld das Vermächtniß — sei es infolge mangelhafter Prozeßführung, sei es wegen inzwischen eintretender Insolvenz des Erben, sei es durch den mittlerweile erfolgten zufälligen Untergang der Sache beim Erben, den der Legatar in Mora zu versetzen versäumt hat — nicht realisirt oder vereitelt wird, während die Eintreibung selbst auf Gefahr und Kosten des zweiten Vermächtnißnehmers geschieht.

Während nun Julian nach dem Bericht des Africanus den Belasteten bald für dolus (mit Einschluß der lata culpa), bald für culpa sc. levis verantwortlich macht, scheint ihm Paulus die Haftung für culpa in exigendo schlechthin aufzubürden.

l. 8 pr. D. de legat. III. — legatarius id tantum, quod per iudicem exegerit, praestare fideicommissario cogetur . .: ad eum enim litis periculum spectare iniquum est, si non culpa legatarii lis perierit.

Indessen jeder Schein eines Widerspruches verschwindet, wenn man culpa im Gegensatze von periculum im allgemeinen Sinne von Verschuldung überhaupt nimmt, so daß über den Grad derselben der Jurist sich nicht weiter äußert. Will man darunter aber levis culpa verstehen, so

23) S. die oben S. 10 Anm. 20 angeführten Stellen.

wird die Stelle auf den Fall bezogen werden müssen, wenn dem Belasteten außer der fideicommissarisch zu restituirenden Sache noch etwas aus dem Vermächtniß zugekommen ist. [24])

Haben wir gesehen, daß der Legatar, welcher mit der Restitution des ihm hinterlassenen Vermächtnißgegenstandes beschwert ist, nur culpa lata in exigendo zu prästiren hat, so kann ihm auch kein größeres Maß von Sorgfalt in betreff des bereits empfangenen Gegenstandes aufgebürdet werden. Nur dann, wenn er von der Vermächtnißverfügung dem Willen des Erblassers zufolge einen Vortheil bezieht, wie insbesondere wenn das ihm auferlegte Vermächtniß ein bedingtes oder befristetes ist, — aber nicht schon, wenn infolge verspäteter Einforderung desselben ihm der Nutzen der Zwischenzeit zufällt, — wird auch hier seine Haftung auf omnis diligentia sich erweitern müssen.

Es würde sich nun noch fragen, ob wir in l. 108 §. 12 eine für alle Vermächtnisse überhaupt geltende Regel ausgesprochen finden dürfen, so daß der Beschwerte überall, wo er keinen Vortheil von der letztwilligen Verfügung hat, bloß lata culpa zu prästiren habe. Dies scheint allgemein so gut wie selbstverständlich angenommen zu werden, [25])

24) Uebrigens dürfte der Gedanke, die Gefahr des Prozesses (wobei übrigens nicht bloß und nicht einmal in erster Reihe an die Prozeßverjährung zu denken ist) auch demjenigen Legatar aufzubürden, welchem einzig die zu restituirende Sache vermacht ist, doch so ferne liegen, daß es nicht der Berufung auf die aequitas bedurft hätte, um ihn abzuweisen.

25) Statt aller Uebrigen s. Windscheid Pand. III. §. 647: „Schuld ist auch gewöhnliche Nachlässigkeit, vorausgesetzt, daß nicht dem Beschwerten nach Entrichtung des Vermächtnisses kein Vortheil mehr übrig bleibt.“ Bei den Neueren wie bei den Aelteren herrscht in dieser Frage seltene Einmüthigkeit. Nur Voet comment. ad Pand. l. 30—32

und doch wird man, wenn man schärfer hinsieht, die Frage verneinen müssen. Es ist nicht rein zufällig, daß die Quellen jene Regel nur für den Fall aussprechen, wenn der Legatar mit der Restitution des Empfangenen beschwert ist. Der Erblasser hat hier doch gerade eine Zuwendung an den Fideicommissar beabsichtigt und den Legatar gewählt, um durch ihn diese Zuwendung zu vermitteln, nicht, um von vornherein ihm selbst eine Liberalität zu erweisen. Da lag es nahe, den Belasteten hinsichtlich der Haftung für Verschuldung nach Analogie eines Depositars zu behandeln. Dieser Gesichtspunkt ist aber offenbar nicht zutreffend, wenn dem Belasteten nicht die Herausgabe des Empfangenen, sondern eine selbständige Leistung auferlegt ist.[26]) Dort handelt der Legatar, indem er das Vermächtniß annimmt und einfordert einzig im Interesse des zweiten Vermächtnißnehmers, hier in seinem eigenen. Das Werthverhältniß des ihm hinterlassenen und des ihm auferlegten Vermächtnisses zu einander kann hier gar nicht in Betracht kommen. Ob er von dem ihm hinterlassenen Vermächtniß thatsächlich Vortheil hat, oder ob er nur mit dem Erwerbe desselben noch ein gutes Geschäft zu machen glaubte, oder ob er endlich in Kenntniß, daß er über den Werthbetrag desselben beschwert sei, doch, gleichviel aus welchem Grunde, das Vermächtniß annahm, muß als völlig gleichgültig erscheinen.

nr. 50 beschränkt jene Regel auf Vermächtnisse, mit denen der Legatar beschwert ist, während er den Erben für alle Culpa haften läßt, weil „in dispositione testatoris principaliter vertitur heredis utilitas."

26) Findet doch auch der wesentliche Unterschied statt, daß dort der Legatar, wenn er das Vermächtniß selbst nicht annehmen will, dem Fideicommissar seinen Anspruch cediren muß, während hier durch Ablehnung des Legates das darauf gelegte Fideicommiß hinfällig wird.

In dem einen wie dem anderen Falle ist ja auch der Legatar verpflichtet, das ihm auferlegte Vermächtniß voll zu entrichten.[27]) So wird denn auch hier der allgemeine Grundsatz platzgreifen, wonach der Belastete für alle Sorgfalt zu haften hat.

Nicht anders steht es mit der Haftung des beschwerten Erben. Der von Ulpian in l. 47 §. 5 cit. aufgestellte Grundsatz, daß dem Erben diligentia im Interesse des Legatars obliege, hat durchgreifende Geltung. Allerdings ist es richtig, daß der lex Falcidia zufolge dem Erben hier regelmäßig ein Vortheil verbleibt. Aber hierin ist nicht der Grund seiner strengeren Haftung zu suchen. Nichts deutet darauf, daß Ulpian an die quarta Falcidia dabei gedacht und gerade aus der ihm wohl bekannten Julianischen Regel die Prästation der levis culpa des Erben abgeleitet habe; vielmehr spricht die Art und Weise, wie er sich für die letztere erklärt, entschieden gegen jene Annahme. Wir sind daher auch nicht berechtigt, die grundsätzliche Haftung des Erben für levis culpa durch die in l. 108 §. 12 cit. aufgestellte Regel näher zu begränzen, so daß sie sich etwa auf lata culpa ermäßigte, wenn die quarta Falcidia, sei es gesetzlich sei es durch Anordnung des Erblassers, ausgeschlossen ist,[28]) oder wenn infolge zufälliger Veränderungen des Nachlasses nach des Erblassers Tode[29]) dem Erben nach Entrichtung der Vermächtnisse doch nichts verbleibt. Dagegen würde, abgesehen von allem Anderen, auch schon der Umstand sprechen, daß es hier in

27) Vgl. Arndts in dem Comment. Th. 47. S. 296 fg.

28) Die hierauf bezügliche Bemerkung Thibauts ist keineswegs so „höchst fein," wie Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 494 meint.

29) §. 2 J. de l. Falc. 2, 22. l. 30 pr. §. 5. l. 73 pr. D. ad l. Falc. 35, 2.

vielen Fällen von vornherein noch nicht ersichtlich ist, ob die Erbschaft nach Abzug der Vermächtnisse einen Vortheil für den Erben übrig läßt, und daß es doch seltsam wäre, wenn man den Grad der vom Erben von Anfang an zu prästirenden Culpa von einem erst später sich feststellenden thatsächlichen Verhältnisse abhängig machen wollte.

Auch für Beschädigung und Entwerthung der vermachten Sache hat der Belastete in gleicher Weise einzustehen. Es muß dies deshalb besonders hervorgehoben werden, weil in dieser Beziehung die Verbindlichkeit ex testamento möglicherweise abweicht von der ex stipulatu, bei welcher eine gleiche Haftung des Schuldners nicht völlig sicher ist. [30]) Das Quellenmaterial ist hier freilich

30) Vgl. die Ausführungen von Pernice a. a. O. S. 275 fg. denen Brinz Pand. II. §. 267. Anm. 3 beistimmt, die aber doch kaum völlig überzeugend sind, da gerade die Stelle, welche von einer Deterioration der promittirten Sache handelt, keine Beachtung gefunden hat. Es ist l. 33 §. 1 D. de solut. 46, 3: — non liberatur, si Stichum promisisset et a se vulneratum daret. Daß Julian hier dem Gläubiger die Klage aus der Stipulation giebt, kann doch nicht in Abrede gestellt werden. Schwierig nur, wie damit l. 7 §. 3 D. de dolo 4, 3 (Anm. 32), insbesondere auch die Entscheidung, daß dem Stipulator, wenn dem versprochenen Sklaven vor der Leistung vom Schuldner Gift beigebracht wird, einzig die act. doli zustehe, in Einklang zu bringen ist. Es wird doch wohl auf eine Unterscheidung hinauskommen, wenn derselben auch Bedenken entgegenstehen. Hier ist die Sache, deren Mängel sich erst später herausstellen, bereits durch die Leistung auf den Gläubiger übergegangen, und damit die Stipulation erfüllt, so daß auf dari oportere nicht mehr geklagt werden kann. Dort dagegen hat der Stipulator die Leistung nicht angenommen. Nur im ersteren Falle würde beim Legat die Abweichung stattfinden, daß noch ex testamento geklagt werden kann.

äußerst dürftig, denn es finden sich nur zwei auf die Deterioration des vermachten Gegenstandes bezügliche Stellen.[31] In l. 84 §. 4 D. de legat. I. erklärt Julian

31) Nicht in diesen Zusammenhang gehört m. E. die von Pernice S. 277 hieher gezogene l. 12 D. de auro leg. 34, 2. Papin. Si imaginem legatam heres derasit et tabulam solvit, potest dici actionem ex testamento durare, quia legatum imaginis non tabulae fuit. Die Auffassung, daß hier die „Verschlechterung unter den Gesichtspunkt der Vernichtung" gebracht werde, um den Fortbestand der Klage durch die perpetuatio obligationis zu begründen, scheint den Gedanken des Juristen nicht ganz zu treffen. An eine „Verschlechterung" der vermachten Sache hat Papinian in unserem Falle gar nicht gedacht, und es läßt sich daher aus der Begründung seiner Entscheidung noch nicht der Schluß ziehen, daß er im Falle einer Beschädigung der vermachten Sache Bedenken getragen habe, die Klage zu geben. Das Abschaben der Farbe bei einem Gemälde ist ebenso wenig ein bloßer „Deteriorationsfall," wie etwa das Zusammenschlagen oder Einschmelzen eines silbernen Kunstgegenstandes oder das Auslöschen der Schrift in einer Urkunde (vgl. l. 42 D. ad l. Aq. 9, 2 mit l. 9 §. 3 D. ad exhib. 10, 4 und oben S. 203 Anm. 68). Es kann sich vielmehr immer nur um die Frage handeln, ob die Sache noch existire oder untergegangen sei. Sieht man die Tafel (oder die Metallmasse) als das Wesentliche an, so würde auch mit der Leistung derselben der Erbe seine Verbindlichkeit erfüllen und die act. ex testamento könnte nicht fortdauern. Gilt das Gemälde als die Hauptsache, worauf es bei dem Vermächtniß ankam, so bleibt die Klage auch nach Leistung der Tafel bestehen. Dafür erklärt sich nun, wenn auch nicht mit voller Entschiedenheit, Papinian. Erinnert man sich dabei an die bekannte Controverse der römischen Juristen über das Eigenthumsverhältniß am Gemälde und Substrat (§. 34 J. de R. D. Gaius II. §. 78. Paul. l. 23 §. 3 D. de R. V. 6, 1.), so wird man das Bedenken Papinians weniger befremdlich finden.

„eum, qui debilitatum ab herede servum acceperit, recte ex testamento agere.“ Wenn der Erbe den vermachten Sklaven zum Krüppel gemacht hatte, so kann der Legatar mit der act. ex testamento die Werthminderung beanspruchen. Von einer Perpetuation der Obligation ist freilich hier so wenig, wie in der folgenden Stelle die Rede, aber beachtungswerth bleibt es doch, daß die Klage hier nach dem Empfange des geschuldeten Gegenstandes formell auf Leistung desselben (dari oportere) gerichtet ist. Es findet dies seine Erklärung darin, daß der Sklave talis qualis relictus est den Gegenstand der Vermächtnißforderung bildete, und den hat der Legatar doch nicht erhalten. Nicht ganz so verhält es sich mit l. 2 D. si ususfr. 7, 6.

Pomponius l. V. ad Sabinum. — Si ab herede ex testamento fundi ususfructus petitus sit, qui arbores deiecisset aut aedificium demolitus esset aut aliquo modo deteriorem usumfructum fecisset, aut servitutes imponendo aut vicinorum praedia liberando, ad iudicis religionem pertinet, ut inspiciat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit, ut usufructuario hoc quod interest ab eo servetur.

Man könnte sich durch den Schlußsatz verleiten lassen, an Deteriorationen des Grundstückes, welche nach der Litiscontestation stattgefunden haben, zu denken, jedoch ergiebt sich aus dem Vorangehenden, daß die schädigenden Hand-

(Vgl. auch l. 14 D. de V. S. 50, 16. Labeo et Sabinus existimant, si res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi aut tabula rasa pictura, videri rem „abesse,“ quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum). Und könnte es nicht auch heutigen Tages vorkommen, daß bei einem vermachten Bilde die Malerei keine wesentliche Bedeutung hat?

lungen früher vorgenommen sind,[32]) so daß die Worte „qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit" auf den früheren Werth des Grundstückes — und zwar vor der Deterioration — im Gegensatz zu dem Werth, den es zur Zeit des iudicium acceptum hatte, bezogen werden müssen. Auch hier ist die Klage auf Leistung des Vermächtnißgegenstandes (Ususfructus) gerichtet, die aber im Gegensatze zur vorigen Stelle noch nicht erfolgt war, und dem Kläger wird das durch die Verschlechterung des Grundstückes begründete Interesse zuerkannt. Offenbar hat hier der Jurist die condictio certi auf usumfructum dari oportere vor Augen;[33]) denn auf die actio incerti ex testamento („quidquid heredem ex testamento dare facere oportet"), die ja, wie auch die act. incerti ex stipulatu, schon formell auf das Interesse gerichtet ist, würde seine Deduction schlecht passen. So gewährt denn diese Stelle wiederum einen Beleg für das weitere officium iudicis bei der Vermächtnißklage.

Werfen wir noch einen Blick auf die neuere Gesetzgebung, so kommt nur das preußische Landrecht in Betracht, welches in Th. I. Tit. 12 die Verpflichtungen des belasteten Erben ausdrücklich normirt. Nach §. 306 muß „bis zur Uebergabe der Erbe die Sache zum Vortheil des Legatarii verwahren und verwalten." Trotzdem hat er nach §. 308 „für die Zeiten seiner Verwaltung nur ein grobes

32) Also ganz wie in dem Falle der l. 7 §. 3 D. de dolo 4, 3. — fundum (debebat ex stipulatu) et dum tradit, imposuit ei servitutem vel aedificia diruit, arbores excidit vel exstirpavit; — est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio; si non est cautum, — de dolo actio necessaria est. (Ulp.)

33) Vgl. Ulp. l. 75 §. 3 D. de V. O. 45, 1.

Versehen" zu vertreten. Diese Bestimmung erklärt sich daraus, daß man nicht die gesammte rechtliche Stellung des Erben, sondern lediglich das Vermächtniß für sich ins Auge faßte. Da dieses selbst doch einzig dem Legatar Vortheil bringt und der Erbe dadurch nur belastet wird, so schien es angemessen, letzterem auch einzig die Haftung für lata culpa aufzuerlegen. Gewiß eine unrichtige Vorstellung, bei der ganz unbeachtet bleibt, daß durch denselben erblasserischen Willen, welche die Vermächtnißlast begründet, dem Erben der Vortheil der Erbschaft zugewendet ist.[34])

Der Entwurf des bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich hat von einer besonderen Vorschrift für das dem Beschwerten dem Vermächtnißnehmer gegenüber obliegende Verhalten in Ansehung des Vermächtnißgegenstandes Abstand genommen. Es ist somit für die Vermächtnißobligation der nach §. 224 bei allen Schuldverhältnissen geltende Grundsatz maßgebend, nach welchem der Schuldner auch wegen fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit haftet. Fahrlässigkeit soll aber nach §. 144 vorliegen, wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet wird. Der Entwurf weicht also nur darin von dem richtig verstandenen römischen Recht ab, daß für den Fall, wenn der Vermächtnißnehmer mit Herausgabe des Vermächtnisses an einen Dritten beschwert ist (sog. Nachvermächtniß §. 1884), seine Haftung nicht gemindert wird.

II. Des Zusammenhanges wegen muß hier gleich die Frage nach der Haftung des Erben bei einem Universalfideicommiß erörtert werden. Zunächst ist auch bei diesem

34) Eine Auffassung, die schon im voraus von Donellus comment. de i. civ. l. XVI. c. 7 nr. 38 zurückgewiesen war. — Das sächsische Gesetzb. §. 2439. 728 schließt sich der herrschenden gemeinrechtlichen Auffassung an.

der Erbe unbedingt für aquilische Culpa d. h. für jede solche durch seine Thätigkeit bewirkte Zerstörung oder Verschlechterung von Erbschaftssachen verantwortlich, die ihn, wenn es eine fremde Sache wäre, dem Eigenthümer zum Ersatz verpflichten würde.[35]) Was aber sonstige Verschuldung anbetrifft, so kommt hier einzig in Betracht die viel erörterte l. 23 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1.

Ulpianus l. V. Disputationum. — Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere quod non habet: culpae plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est; et ita Neratius l. I. respons. scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, huiusmodi rei rationem reddet. Sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem. Praeterea si qui partus extant et partuum partus, quia hi in fructibus non habentur.[36]) Sed et ipse si quem sumptum fecit in res hereditarias, detrahet. Quod si sine facto eius prolixitate temporis aedes usu adquisitae sint, aequissimum erit nihil eum praestare, cum culpa careat.

Um gleich mit dem Schlußsatze zu beginnen, so ist das Wort adquisitae entschieden corrumpirt, da der ganze Satz dadurch sinnlos wird. Was soll das heißen, daß „ohne

35) Pompon. l. 72 §. 1 D. ad SC. Treb. 36, 1. Si heres . . alienaverit quid ex hereditate aut servum hereditarium manumiserit aut ruperit quid vel fregerit vel usserit, — ex fideicommissi causa erit hoc quod deperierit persequendum.

36) Hier ist mit Th. Mommsen einzuschalten „reddentur", oder besser vielleicht noch (wegen des folgenden sed et) „reddet."

des Erben Zuthun (oder Handlung?)[37]) in der Länge der Zeit das Gebäude ersessen ist?" Also wenn das Gebäude bereits zur Zeit des Erbschaftserwerbes im Besitze eines Dritten, wie der Erbe wohl weiß, sich befindet, und der Erbe läßt es ruhig ersitzen, dann würde er nichts zu prästiren haben, da ihn hier keine Schuld trifft? Selbst dann sollte er von jeder Haftung frei sein, wenn jemand später wenn nur ohne des Erben Mitwirken (sine facto eius) von dem Hause Besitz ergriffe und es usucapirte? Ja, wenn es sich noch um eine bewegliche Sache handelte und dieselbe sine facto heredis — also nicht infolge einer von dem Erben über dieselbe getroffenen Verfügung — wegkommt und dann ersessen wird, da ließe sich der Satz zu Noth noch halten.[38]) Aber Häuser gehören doch nicht zu denjenigen Sachen, welche so unter der Hand fortkommen und verloren gehen können.[39]) Offenbar steht der Schlußsatz der Stelle in einem gegensätzlichen Verhältniß zu dem vorangehenden Ausspruch „si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem," und daraus ergiebt sich der Sinn desselben. Nämlich: wenn das Gebäude durch Schuld des Erben abbrennt, so ist er dafür verantwortlich, nicht aber hat er Ersatz zu leisten, wenn es ohne sein Zuthun

37) Pernice a. a. O. S. 419 Anm. 26. nimmt als Gegensatz des „sine facto" die Veräußerung seitens des Fiduciars. Damit ist aber auch nicht viel gewonnen. Würde doch schon durch die Veräußerung nach dem zur Zeit des Juristen geltenden Rechte Eigenthum übertragen sein.

38) Vgl. l. 91 §. 1 D. de V. O. 45, 1.

39) Was Hasse a. a. O. S. 209 bemerkt, daß die Ersitzung verschuldet sei, wenn der Erbe „aus unbegreiflicher Trägheit oder Leichtsinn die Interpellation unterließ" ist richtig, wird aber in der Stelle nicht ausgedrückt; jedenfalls kann diese Unterlassung nicht als „Mitwirkung" (factum) aufgefaßt werden.

in der Länge der Zeit durch (angemessene) Benutzung — da erwartet man doch gewiß nicht „von einem Dritten erworben," sondern — schadhaft oder baufällig geworden ist, da ihn hier keine Schuld trifft. So geht denn aus dem inneren Zusammenhang der Stelle zur Evidenz hervor, daß der Jurist nicht „adquisitae" geschrieben haben kann.[40])

40) Schwieriger ist zu sagen, wie die Stelle zu emendiren sein möchte, und ich enthalte mich in dieser Hinsicht jedes bestimmten Vorschlages. An Stelle von adquisitae ließe sich vielleicht vitiatae, corruptae, dirutae, adtritae oder deteriores, vitiosae factae setzen. Die Corrumpierung des Textes, welche möglicherweise den Compilatoren zur Last fällt, erklärt sich ganz einfach aus dem Mißverständniß des Ausdruckes prolixitas temporis, der hier allerdings auffallend genug im Sinne von vetustas (vgl. l. 30 §. 4 D. locati 19, 2. l. 7 §. 2. l. 50. 65 D. de usufr. 7, 1) gebraucht wird. (Das Wort prolixitas scheint in den Digesten nur einmal bei Ulp. l. 2 §. 7 D. test. quemadm. 29, 3 und zwar in räumlicher Bedeutung vorzukommen). Da nun aber dieser Ausdruck in dem späteren juristischen Sprachgebrauch häufig in Beziehung auf Ersitzung und Verjährung angewendet wird (vgl. Dioclet. l. 9 C. de postlim. 8, 50. l. 3 C. de praescr. l. temp. 7, 33), so lag es nahe genug, wozu das vorangehende „usu" fast zu nöthigen schien, „adquisitae" hinzuschreiben. Beiläufig bemerkt bieten sich zwei Möglichkeiten. Entweder das adquisitae ist aus dem nachfolgenden aequissimum entstanden, oder eine im Texte vorhandene Lücke, nämlich „aedes usu sint aequissimum" ist durch Einschiebung von adquisitae ergänzt. Einen besseren Zusammenhang würde ferner die Stelle gewinnen, wenn man den Schlußsatz vor den mit „Praetera si" beginnenden Satz stellen dürfte. Indessen das Durcheinander der Sätze kann doch wohl original sein. — Uebrigens hat, wie ich erst nachträglich gefunden, schon Ant. Faber de error. pragm. Dec. 70 err. 2. (Schulting notae ad Dig. ad h. l.) an der

Doch lassen wir den anstößigen Schlußsatz der Stelle bei Seite liegen. Sie selbst ist so flüchtig und nachlässig hingeschrieben, daß wir bei ihrer Interpretation kein zu großes Gewicht auf die gebrauchten Ausdrücke werden legen können. Zunächst dürften wir kaum fehlgreifen mit der Annahme, daß Ulpian bei seiner Ausführung ein befristetes oder auf das Ableben des Erben gestelltes Fideicommiß im Sinne hatte. Darauf deutet nicht allein der vorangehende §. 2 der Stelle, sondern vor Allem der Umstand, daß hier die Restitutionsverbindlichkeit hinsichtlich der partuum partus in Frage kommt. Denn daß sich bei einem sogleich fälligen Universalfideicommiß die Restitution der Erbschaft so lange verzögern sollte, bis die zu ihr gehörigen Sklavinnen Großmütter werden, ist zwar nicht gerade unmöglich, hat aber keinen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit für sich. Die Gefahr des zufälligen Unterganges — so deducirt der Jurist — hat der Erbe jedenfalls nicht zu tragen. Sind daher Erbschaftssachen mittlerweile zu Grunde gegangen, so kann der Erbe nur, wenn er den Verlust verschuldet hat, in Anspruch genommen werden, aber seine Haftung beschränkt sich auf culpa dolo proxima. Jedoch selbst bei zufälligem Verluste von Sachen macht er sich verantwortlich und muß Ersatz leisten, wenn er es unterlassen hat, zum Verkauf bestimmte und der Gefahr des Unterganges ausgesetzte Gegenstände zu veräußern:[41]) vorausgesetzt, daß ihm in dieser Beziehung eine lata culpa, nicht bloß eine geringe, ihm auch sonst eigene und gewohnte, Nachlässigkeit zum Vorwurf gemacht werden kann.

Stelle Anstoß genommen und mit Streichung von „usu" gesetzt „absumptae".

41) Eine Parallele bietet die gleiche Verpflichtung des unredlichen Erschaftsbesitzers in l. 33 §. 1 D. de H. P. 5, 3.

Diese Stelle hat nun von jeher zu den verschiedensten Auffassungen Anlaß gegeben, da sie mit den sonst anerkannten Grundsätzen hinsichtlich der Prästation der Verschuldung nicht recht vereinbar erschien. Es wäre ein zweckloses Beginnen, die mannigfachen Deutungen, welche die Stelle erfahren hat, hier alle eingehend zu erörtern; zur Orientirung wird eine übersichtliche Zusammenstellung der Hauptmeinungen ausreichend sein. Bis auf den heutigen Tag ist die schon von der Glosse[42]) aufgestellte Meinung die herrschende geblieben,[43]) daß der mit dem Universalfideicommiß beschwerte Erbe der in l. 108 §. 12 D. de legat. I. ausgesprochenen Regel zufolge prinzipiell für levis culpa einzustehen habe, wenn ihm etwas von der Erbschaft verbleibe, sei es daß ihm nur die theilweise Restitution oder die Herausgabe nach einiger Zeit auferlegt ist, oder sei es, daß ihm der Abzug der Quarta zusteht; wogegen er andernfalls nur für culpa lata hafte. Unsere l. 23 §. 3 wird dann von einer Restitution der ganzen Erbschaft verstanden.[44]) Während nun aber im ersten Falle die Einen dem Erben die Haftung für levis culpa im vollen Umfange aufbür-

42) Gl. „proxima est“ ad l. 23 §. 3 cit. In eigenthümlicher Weise nimmt die Gl. „consueta negligentia“ die Worte non levi als parenthetischen Zusatz zu lata culpa und gelangt, indem sie die consueta negligentia so als lata versteht, zu dem Satze „lata culpa, quae in suis tolleretur, in alienis punitur.“

43) Nur Pernice a. a. O. S. 313 hebt die grundsätzliche Verschiedenheit der Culpahaftung beim Universalfideicommiß und dem Einzelnvermächtniß hervor.

44) Wobei doch für das klassische Recht nur an erzwungenen Erbschaftsantritt zu denken wäre, den in der That die Glosse voraussetzt, wozu freilich Bartolus ad. h. l. bemerkt: ista solutio est truffa.

den,[45]) beschränken die Anderen dieselbe auf diligentia quam suis rebus.[46])

Mit dieser ganzen Unterscheidung wird aber unserer l. 23 §. 3, die so bestimmt wie möglich nur von Prästation der lata culpa spricht, Gewalt angethan, und ganz gewiß ist es unzulässig, aus l. 72 §. 3 D. de C. et D. 35, 1 die Haftung des Fiduciars für levis culpa, wenn ihm ein Vortheil aus der Erbschaft zufällt, abzuleiten, da es sich in dieser Stelle um den Erlaß der Verantwortlichkeit für lata culpa handelt.[47])

45) z. B. Hofacker principia iur. Rom II. §. 1543 not. e. Valett, Pandektenrecht II. §. 1190. Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht III. S. 393. Keller, Pand. §. 573. Windscheid, Pand. §. 665. Anm. 7. Der Wust der älteren Literatur mag hier unberührt bleiben, nur wie Voet comm. ad Pand. l. 30—32. nr. 50 argumentirt, verdient hervorgehoben zu werden. Die culpa dolo proxima müsse in l. 23 §. 3, wie immer, als culpa levis verstanden werden, denn lata culpa sei nicht bloß dolo proxima, sondern selbst dolus; wenn nachher ausdrücklich die Haftung für lata culpa ausgesprochen werde, so beziehe sich dies nur auf den besonderen Fall der unterlassenen Veräußerung. (!)

46) So vor Allen Donellus comment. de i. civ. l. VII. c. 27 nr. 19—21. l. XVI. c. 7. nr. 38. Thibaut, Pand. II. §. 496. Schweppe-Mejer, röm. Privat-R. V. §. 933. Sintenis, Civil-R. III. §. 219. Anm. 15. Puchta, Pand. §. 555. Arndts, Pand. §. 583 und Vermischte Schriften II. S. 446. Anm. 230. Dernburg, Pand. III. §. 120. Ueber die innere Begründung dieser Ansicht s. unten bei Anm. 54.

47) Wenn Hasse, Culpa S. 187 fg. u. Mommsen a. a. O. sich dagegen darauf berufen, daß die Prästation der culpa lata überhaupt nicht erlassen werden könne, auch nicht indirekt in dem Erlaß der Rechnungslegung, so ist dies ledig-

Von Einigen wird die Ansicht vertreten, daß der Fiduciar — bald überhaupt, bald nur in dem Falle, wenn er von der Erbschaft keinen Vortheil hat — für sog. lata culpa in concreto einzustehen habe, also sich auch für levis culpa verantwortlich mache, wenn die Erbschaftssachen und -angelegenheiten von ihm nicht mit der Sorgfalt, welche er auf die eigenen verwendet, behandelt werden.[48]) Daß dies nicht von Ulpian in unserer Stelle ausgesprochen ist, wird sich aus dem Folgenden ergeben. Wenn man aber, wie es vielfach geschieht,[49]) davon ausgeht, daß die lata culpa überhaupt auch derartige an sich geringe Versehen schon begrifflich mit umfasse, so ist hier nicht der Ort, die Richtigkeit dieser Auffassung einer Prüfung zu unterwerfen.[50])

lich eine willkürliche Behauptung (l. 119 D. de legat. I. l. 5 §. 7 D. de adm. tut. 26, 7. l. 8 §. 6. l. 9. l. 20 §. 1 D. de lib. leg. 34, 3. l. 1 §. 7 D. depos. 16, 3). S. dagegen auch Pernice S. 425 fg.

48) So insbesondere Hasse a. a. O. S. 207 fg. Beim Universalfideicommiß, meint derselbe, sei alles im Grunde genommen ebenso wie beim Depositum. So komme auch hier nur in Betracht grobe Nachlässigkeit und solche, die an sich leicht dadurch ein schweres Versehen werde, daß man sie wider eigene Gewohnheit beging; alle levis culpa müsse, wenn sie hieher gehören soll, den Charakter des dolus haben. Ihm schließen sich an Mühlenbruch, Pand. III. §. 763. Wening-Ingenheim, Civil-R. III. §. 523. 541 (255).

49) Vgl. insbesondere Donellus comment. XVI. c. 7 nr. 9. 11. Brinz, Pand. 2. Aufl. II. S. 255 fg.; anders wieder, aber weit unklarer, Hasse §. 52 fg., und gegen ihn Mommsen S. 374 fg. 389 fg.

50) Jedoch kann ich nicht unbemerkt lassen, daß mir überhaupt (wie ich schon in meinem Lehrb. d. Instit. §. 108. IV. b. angedeutet habe) die ganze Haftung für sog. culpa lata in concreto ein dem römischen Recht unbekanntes, und

Es scheint, daß man sich viel Mühe hätte ersparen können und zu einem befriedigendem Ergebnisse gelangt

dazu noch praktisch unbrauchbares Gebilde der modernen Doktrin zu sein scheint, auf dessen theoretische Construktion man viel Mühe und Scharfsinn ganz unnütz verwendet hat, und das um so leichter wieder eliminirt werden kann, als die Auffassungen hinsichtlich derselben so weit auseinandergehen. Die einzige Quellenstelle, auf welche jene culpa lata in concreto gestützt werden kann, ist die „unselige Auseinandersetzung des Celsus" in l. 32 D. depos. 16, 3. (Vgl. Pernice S. 366 fg.). Bei unbefangener Betrachtung, und wenn man zu ihrer Auslegung noch l. 1 §. 5 D. de O. et A. 44, 7. l. 226 D. de V. S. 50, 16. l. 72 D. pro socio 17, 2 heranzieht, ist in dieser Stelle von einer culpa in concreto nichts enthalten. Man muß, um zu einem richtigen Verständniß derselben zu gelangen, zuvörderst davon ausgehen, daß das Edikt für die act. depositi, sowie ja auch die in factum concipirte formula derselben, gerade dolus malus erforderte. So hielt denn auch die ältere Jurisprudenz strenge daran fest, daß der Depositar einzig für dolus hafte, völlig im Einklange mit der ursprünglichen Deliktsnatur der Klage (s. Ihering, Schuldmoment S. 30 fg.). Erst Nerva stellte hier den Satz auf „latiorem culpam dolum esse," d. h. daß der dolus in der act. depositi die culpa lata mitumfasse. Dieser Satz wurde von Proculus verworfen und erst durch die Autorität des Celsus zur Geltung gebracht. (Wie spät man auch in gewissen anderen Verhältnissen dazu gelangte, die culpa lata dem dolus gleichzustellen, dafür gewährt ein lehrreiches Beispiel Ulp. l. 1 §. 1 D. si mensor 11, 6. l. 8 §. 3 D. de prec. 43, 26). Doch hören wir die Motivirung des Celsus: Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit. Den Gedankengang des Juristen dürfte folgende Paraphrase wiedergeben:

wäre, wenn man unsere Stelle ganz unbefangen, dem Gedankengange des Juristen folgend ausgelegt hätte und nicht

Allerdings kann man nicht verlangen, daß der Depositar das Maß von Sorgfalt in betreff der hinterlegten Sache verwende, welches man von einem ordentlichen Manne (bonus ac diligens paterfamilias) sonst mit Recht beansprucht. Aber wenn er sich einer groben Nachlässigkeit hinsichtlich der deponirten Sache schuldig macht, so kann er von Arglist und Treubruch nicht freigesprochen werden, da er doch auf seine eigenen Sachen wenigstens das geringe Maß von Sorgfalt, das ihm eigen ist, verwendet. Celsus setzt also keineswegs voraus, daß der Depositar seine Sachen mit aller Sorgfalt behandelt, während er eine geringere Nachlässigkeit bei der deponirten begeht, und macht ihn für letztere haftbar; sondern er denkt daran, daß derselbe die diligentia cuiusvis hominis, welche er doch bei seinen eigenen Sachen an den Tag legt, hinsichtlich der deponirten nicht bewährt, und erachtet diese magna negligentia für eine fraus, da sie der fides, auf welche das Depositum gegründet ist, zuwiderläuft. Daß der Depositar auch in seinen eigenen Sachen die diligentia cuiusvis hominis vermissen lasse, also mit denselben in ganz arger Sorglosigkeit und Nachlässigkeit umgehe, und eben deshalb im einzelnen Falle auch nicht für lata culpa verantwortlich gemacht werden könne, ein solcher Gedanke konnte begreiflicherweise dem Juristen nicht in den Sinn kommen. Aber die Neueren, welche die Stelle von einer sog. culpa lata in concreto verstehen, müßten nothwendig trotz allen Sträubens zu der bedenklichen Consequenz getrieben werden, daß hier auch die Haftung für lata culpa überhaupt durch die Berufung auf grobe Nachlässigkeit in suis rebus ausgeschlossen werden könne. Zu alledem kommt noch, daß bei der Supposition einer sog. culpa lata in concreto Celsus sich einer unglaublich schiefen Argumentation schuldig machen würde. Um den Grundsatz Nervas, daß lata culpa also nimia negligentia (die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ganz gewöhnlichen Menschen) beim Depositum als dolus aufgefaßt

mit einer fertigen Culpatheorie, für die man in derselben bloß eine Bestätigung finden wollte, an ihre Erklärung

und präſtirt werden müſſe, — führte Celsus aus, daß wenn der Depoſitar „Verſehen von dieſer concreten Art (und mögen ſie auch noch ſo gering ſein), die er in ſeinen eigenen Sachen nicht begeht“ (Brinz Pand. II. S. 256), ſich hinſichtlich der deponirten Sache zu Schulden kommen laſſe, ihm eine Unredlichkeit zur Laſt falle! Mag Celsus auch immerhin „ſeine eigenen Wege“ gehen, ſo unlogiſch denkt er doch ſonſt nicht. Daß jene Auslegung nicht richtig ſein kann, geht klar hervor, wenn man unſerer l. 32 die Ausführung des Gaius in l. 1 §. 5 D. de O. et A. 44, 7 an die Seite ſtellt: is, etiamsi negligenter rem custoditam amiserit, securus est; quia enim non sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: — magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere. Es wird uns hier ſo deutlich wie möglich beſtätigt, daß der zuerſt von Nerva aufgeſtellte und noch zu Celsus Zeit ſtreitige Satz „latam culpam dolum esse“ in der Jurisprudenz Anerkennung erlangt habe. (Daß hinter der übergangenen Phraſe: negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet ſich nicht die culpa in concreto verſteckt, iſt ohnehin klar; vgl. l. 62 D. pro socio 17, 2. Pernice S. 361.) — Zu der ganzen Theorie der culpa lata in concreto hat man ſich lediglich durch die Sucht, zu dem Maßſtab der diligentia in suis ein ſcheinbar nothwendiges dialektiſches Gegenſtück zu conſtruiren, verleiten laſſen. Da nun aber dieſer Begriff bei ſchärferem Hinſehen wieder mit der diligentia in suis verſchwimmt, und er andererſeits uns in der praktiſchen Anwendung völlig im Stiche läßt, ſo wäre es an der Zeit, nicht allein die Theorie des gemeinen Civilrechts, wie es ſchon in richtiger Erkenntniß Dernburg, Pand. I. §. 86 Anm. 11 gethan hat, von ihm zu befreien, ſondern vor Allem auch

herangetreten wäre. Zuvörderst mag constatirt werden, daß der Jurist nicht etwa sagt: „eine culpa lata liegt vor, wenn der Fiduciar in eigenen Angelegenheiten eine größere Sorgfalt (oder geringere Nachlässigkeit) an den Tag zu legen pflegt;" und ebenso wenig: „der Fiduciar haftet bloß für lata culpa, nicht für levis, jedoch vorausgesetzt, daß er auch in eigenen Angelegenheiten die Sorgfalt einer diligens paterfamilias vermissen läßt, also immer doch in dem Maße, wie er sie bewährt." Damit würde etwas in die Stelle hineingetragen, woran der Jurist zunächst gar nicht denkt, nämlich die Haftung für sog. culpa in concreto; und zwar würde es sich bei der ersteren Auffassung um lata, bei der letzteren um levis (also diligentia quam suis rebus) handeln. Es läßt sich nicht leugnen, daß beide Arten von Culpa hier in einander überfließen, und somit die praktische Bedeutung dieser ganzen Unterscheidung eine höchst fragliche wäre. Theoretisch rechtfertigen ließe sie sich nur in der Weise, daß man entweder sagt: prinzipiell hat der Erbe beim Universalfideicommiß für lata culpa einzustehen, diese Haftung steigert sich aber auf die Prästation der diligentia quam suis; oder: prinzipiell ist er für levis culpa verantwortlich, diese Haftung ermäßigt sich aber auf diligentia quam suis. Es will jedoch scheinen, daß diese ganze Formulirung, welche für die Haftung des Fiduciars ein Prinzip unterstellt, dessen Durchführung dann in jedem Falle wieder in Frage kommen soll, weder den Anschauungen der Römer entspricht, noch überhaupt juristischen Werth besitzt.

Machen wir uns von jener Culpatheorie für einen Augenblick frei, so werden wir auch in der Auseinandersetzung Ulpians von einer culpa in concreto nichts entdecken. Er stellt hier in keiner Weise die negligentia in

den Juristen Celsus von dem zweifelhaften Verdienst der Erfindung dieses Begriffes zu entlasten.

suis rebus der in alienis rebus gegenüber, sondern statuirt überhaupt nur die Prästation von culpa lata, indem man den Fiduciar nicht dafür verantwortlich machen könne, wenn durch geringe Nachlässigkeit desselben Sachen zu Grunde gehen, da eine solche einmal in seiner Natur liege und auch sonst in seinem Thun und Lassen hervortrete. Allerdings schwebt hier dem Juristen vor, daß der Fiduciar kein bonus ac diligens paterfamilias ist. Aber wenn er auch einen gewohnheitsmäßig etwas nachlässigen Mann im Sinne hat, so dürfen wir nicht etwa in scheinbarer Consequenz ihm den Gedanken unterschieben, daß ein diligens paterfamilias als Fiduciar für levis culpa einzustehen hätte, sondern es findet dies seine einfache Erklärung in dem Umstande, daß ein sorgfältiger Mann eben eine solche levis negligentia sich nicht zu Schulden kommen lassen wird.

In der That ist nun auch da, wo der Erbe die ihm zugefallene Erbschaft nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder bei Eintritt einer Bedingung oder bei seinem Ableben restituiren soll, kein Grund, ja nicht einmal die Möglichkeit vorhanden, die Haftung für sog. culpa in concreto ihm aufzuerlegen. Es könnte sich hier immer nur um abstrakte culpa, sei es lata oder sei es levis (exacta diligentia), handeln: weil hier eben die Voraussetzungen zur Beurtheilung des Verhaltens des Erben nach dem subjektiven Maßstabe der Culpa fehlen. Denn da dieser Maßstab das Thun und Lassen des Verpflichteten in seinen eigenen Angelegenheiten im Gegensatze zu den fremden ist,[51]) so erhebt sich doch vor Allem die Frage, was wir unter den ersteren beim Fiduciar zu verstehen haben. Darunter könnte man

51) Ein Unterschied, der klar hervortritt bei der Sozietät, der Gemeinschaft, der Vormundschaftsverwaltung und der Dotalobligation.

doch nur das ursprüngliche Vermögen im Gegensatze zu dem ererbten verstehen. Aber das letztere ist doch nicht weniger eigenes Vermögen als das erstere, und der Umstand, daß der Fiduciar die Erbschaft sei es früher oder später zu restituiren hat, berechtigt uns offenbar nicht, schon gegenwärtig zwei Vermögensmassen zu unterscheiden und die zu der einen gehörigen als res alienae, die anderen als suae res zu bezeichnen. Es ließe sich dagegen freilich der Einwand erheben, daß auch bei den Dotalsachen gesagt wird, der Ehemann habe diligentiam quam in suis rebus exhibet zu prästiren, obwohl dieselben ebenfalls in seinem Eigenthum stehen. Aber dabei übersieht man einerseits die eigenthümliche Natur der dos als res uxoria [52]) und andererseits den doch nicht unwesentlichen Umstand, daß Erbfolge Universalsuccession ist und daß demzufolge das Vermögen als ein Ganzes in der Weise auf den Erben übergeht, daß er die Vermögensherrschaft des Erblassers nicht bloß neben seiner eigenen fortsetzt, sondern daß Erbschaft und ursprüngliches Vermögen des Erben fortan nur ein Vermögen bilden.

Wenn nun auch die Verschuldung des Erben, dem die Herausgabe der ganzen Erbschaft obliegt, mit dem generellen Maßstab der Culpa bemessen werden muß, so würde es sich doch noch immer fragen, ob nicht da, wo die theilweise Restitution zur Sprache kommt, eine andere Beurtheilung platzgreife. In der That wird nun gerade in diesem Falle von vielen behauptet, daß der Erbe diligentia in suis zu prästiren habe. [53]) Man begründet diese An=

52) Vgl. Brinz Pand. 1. Aufl. II. §. 265 fg.

53) S. die Anm. 46 angeführten Schriftsteller. — In l. 80 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1 (Scaev.), auf welche sich Sintenis a. a. O. beruft, vermag ich von einer diligentia quam in suis nichts zu entdecken. Das Verfahren des Fiduciars

nahme damit, daß hier der Fiduciar in eine communio mit dem Fideicommissar trete oder einem Miterben gleich behandelt werden müsse.[54]) Dies ist gewiß richtig für die Zeit nach der Restitution des Erbschaftstheiles. Aber wie darf man denn das vor der Restitution bestehende Verhältniß aus der Zeit nach der Restitution beurtheilen und juristisch gestalten? Behandelt man die Erbschaft da, wo sie zufolge des Universalfideicommisses herauszugeben ist, nicht als res aliena, so kann man sie auch, wo theilweise Restitution erfolgen soll, nicht als res communis auffassen. Damit fällt schon die Grundlage für die Prästation der diligentia quam in suis hinweg. Und wohin gelangen wir, wenn wir an derselben consequent festhalten, in dem Falle, wo die Restitution eines Theiles der Erbschaft erst in späterer Zeit, etwa mit dem Tode des Fiduciars erfolgen soll? Soll dann etwa diese Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten mit Beziehung auf

scheint da vielmehr von dolus gar nicht so weit abzuliegen. Man mache sich nur den von Scaevola behandelten Fall an einem Beispiel klar. Ein Grundstück im Werth von 4000 war vom Erblasser für eine Schuld von 2000 verpfändet; der mit der Restitution der Hälfte der Erbschaft belastete Erbe tilgt die Schuld nicht, sondern läßt es zum Pfandverkauf kommen, aber dieses Grundstück durch eine Zwischenperson für 3000 zurückkaufen. Scaevola respondirt, daß der Erbe selbstverständlich aus dem Fideicommiß in Anspruch genommen werden könne, und zwar wie Claudius erläuternd hinzusetzt, müsse der Fiduciar leisten „quanto pluris fundus fuit quam ad creditorem pervenire oportuit,“ also in unserem Beispiel 1000.

54) Auch Pernice S. 313 billigt beim Universalfideicommiß für das Justinianische Recht grundsätzlich die Analogie der Miterbschaft, anerkennt jedoch, daß daraus in den Quellen keine Folgerungen gezogen sind.

das ursprüngliche Vermögen des Fiduciars, welches doch mit der Erbschaft zu einem einheitlichen Ganzen verbunden ist, oder vielleicht gar mit Beziehung auf den ihm verbleibenden Antheil der Erbschaft bestimmt werden, so daß von dem Fiduciar dieselbe Sorgfalt, welche er hinsichtlich des letzteren an den Tag legt, auch in betreff des zu restituirenden Antheiles verlangt werden müßte? Hier wie dort verschwindet uns die diligentia in suis gleichsam unter den Händen; sie läßt sich nicht fixiren und praktisch verwerthen.

Es würde sich also nur darum handeln, ob der Fiduciar stets bloß für culpa lata einzustehen habe, oder ob es auch Fälle gebe, in denen sich seine Haftung auf culpa levis erweitert, so daß der in l. 23 §. 3 cit. aufgestellte Grundsatz auf den dort dem Juristen vorschwebenden Fall beschränkt werden müßte. Da werden wir nun allerdings zugeben müssen, daß die in l. 108 §. 12 D. de legat. I. formulirte Regel auch auf das Universalfideicommiß anzuwenden ist; aber freilich nicht generell in dem Umfange, wie man gemeinhin will, sondern nur soweit die Analogie des Falles zutrifft, auf den dort jene Regel angewendet wird. Also dann, wenn der Fiduciar nur einen Theil der Erbschaft zu restituiren hat, muß er für jedes Versehen und jede Nachläßigkeit aufkommen. Das ist aber auch immer zu beschränken auf den Fall, wo ihm kraft der Verfügung des Erblassers etwas von der Erbschaft verbleibt, und es erscheint keineswegs gerechtfertigt, wie allgemein angenommen wird, den Fiduciar überhaupt, wenn ihm ein Vortheil von der Erbschaft verbleibt, also insbesondere auch beim Abzug der Quarta über grobe Nachlässigkeit hinaus haften zu lassen.[55]) Mit dieser Annahme setzt man sich in einen

55) Vgl. oben S. 232.

entschiedenen Widerspruch mit der bestimmten und nicht wegzudeutelnden Entscheidung in unserer l. 23 §. 3. Sicher handelt es sich in dieser Stelle um die Restitution der ganzen Erbschaft, welche dem Fiduciar auferlegt ist. Mithin würde ihm doch die Quarta ex SC. Pegasiano verbleiben — denn von einem erzwungenen Erbschaftsantritt ist in der Stelle selbstverständlich nicht die Rede[56]) —, und doch soll er nur für lata negligentia verantwortlich sein. Wie will man denn da die Haftung für culpa levis hineinbringen?[57]) Man könnte mithin nur daran denken,

56) S. Anm. 44. Woran Mommsen, Beiträge III. S. 393 Anm. 5 denken mag, wenn er bemerkt, daß diese Stelle sich auf eine „Restitution in Gemäßheit des SC. Trebellianum beziehe, bei der nach älterem Recht kein Abzug gemacht werden konnte," vermag ich nicht zu erkennen.

57) Arndts und Puchta a. a. O. (s. Anm. 46) erfordern diligentia in suis, wenn der Fiduciar „nicht Alles" oder „nur theilweise" restituirt. Was damit gemeint ist, bleibt zweifelhaft; correct ist die Formulirung jedenfalls nicht. (Besser schon drückt sich Sintenis a. a. O. aus, aber unklar bleibt auch seine Auffassung, wenn er dem Falle, daß der Fiduciar „Alles, was er selbst erhielt, herauszugeben hat," den anderen gegenüberstellt, daß „er selbst einen Theil der Erbschaft behält." Würde er sagen „behalten soll," so wäre das Richtige getroffen). Denn es kann darunter sowohl der Fall verstanden werden, wenn dem Erben die theilweise Restitution auferlegt ist, wie der, wenn er die Quarta behält, wie endlich der, wenn er nur auf dieselbe Anspruch hat. Das kann unter Umständen, wenn infolge einer levis negligentia Erbschaftssachen zu Grunde gegangen sind, zu einer sehr erheblichen Differenz führen. In Betracht würde an sich immer nur die Auffassung kommen, nach welcher es hier allein auf das dem Fiduciar zuständige Recht des Quartabzuges ankomme. Denn der Umstand, ob er von dem Abzug Gebrauch macht oder nicht, könnte

daß dem Erben die Herausgabe der Erbschaft für spätere Zeit auferlegt ist und durch die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen die ihm zuständige Quarta gedeckt wird. Dann würde ihm doch aber auch ein Vortheil aus der Erbschaft zugefallen sein und er müßte nach jener Auffassung erst recht bloß für culpa levis haften. Doch auf diesen Punkt muß hier noch etwas näher eingegangen werden.

Daß Ulpian in l. 23 §. 3 ein solches Fideicommiß aller Wahrscheinlichkeit nach vor Augen hatte, ist schon oben S. 240 bemerkt worden; wie denn überhaupt dies der am häufigsten vorkommende und praktisch wichtigste Fall eines auf die ganze Erbschaft gerichteten Universalfideicommisses ist, daß der Erbe unter einer Bedingung oder nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder für den Fall seines Todes mit der Restitution der Erbschaft beauftragt wird.[58])

unmöglich für die Art seiner Haftung wegen Nachlässigkeit entscheidend sein. Man nehme nur folgenden Fall. Bei einer Erbschaft im Betrage von 4000, bei welcher dem Fiduciar die Quart gebührt, geht eine Sache im Werth von 2000 durch leichtes Versehen desselben unter; dann müßte er dem Fideicommissar noch 1000 außerdem zahlen; nach der anderen Auffassung würde er aber sagen können, daß er auf die Quarta von vornherein verzichte, also auch nur für lata culpa hafte, und hätte demgemäß bloß den Rest herauszugeben. Es mag aber nochmals ausdrücklich bemerkt werden, daß u. E. der Fiduciar hier überhaupt nur für lata culpa in Anspruch genommen werden kann.

58) Fälle, in denen die sofortige Restitution der Erbschaft angeordnet wird, werden immer selten sein. Veranlaßt wurden derartige Universalfideicommisse ursprünglich durch die Erbunfähigkeit derjenigen Person, welcher man die Erbschaft hinterlassen wollte. Gaius II. §. 285. §. 1 J. de fid. her. 2, 23 und dazu das von Schrader, comment. ad h. l. beigebrachte Quellenmaterial. Abgesehen hiervon

Es möchte nun befremdlich erscheinen, daß hier der Fiduciar, welcher infolge der Anordnung des Erblassers in der Zeit bis zur Herausgabe der Erbschaft alle Nutzungen von derselben bezieht, auch nur für magna negligentia einzustehen haben soll, während doch der mit einem Singularfideicommiß belastete Vermächtnißnehmer in dem gleichen Falle culpa levis zu prästiren hat (S. 230). Aber diese scheinbare Inconsequenz findet ihre Erklärung und zugleich vollständige Rechtfertigung in der Verschiedenheit des Gegenstandes der Restitution beim Universal- und beim Singularfideicommiß.

Man muß nämlich Folgendes beachten. Dem Fiduciar soll hier die Erbschaft als eigenes Vermögen vorderhand verbleiben; er soll dem Willen des Erblassers gemäß die Nachlaßobjekte als Bestandtheile seines eigenen Vermögens behandeln und verwalten können, nur daß er dafür Sorge zu tragen hat, daß sie unversehrt dem Fideicommissar erhalten bleiben. Indem der Erblasser ihn so zum Herrn dieses Vermögens macht, welches sich mit dem bisherigen Vermögen des Fiduciars zu einem Ganzen vereinigt, konnte er ihm doch nicht ein größeres Maß von Sorgfalt und Tüchtigkeit aufbürden, als ihm nach seiner Natur eigen ist. Ist er überhaupt ein sorgfältiger und

kam eine derartiges Universalfideicommiß wohl nur zur Anwendung, wenn es dem Erblasser unsicher schien, ob bei direkter Erbeinsetzung der von ihm ausersehenen Person der Nachlaß überhaupt oder ungeschmälert in die Hände derselben kommen würde. (So bei Abwesenheit, Geschäftsunerfahrenheit, Schutzbedürftigkeit derselben u. dgl.) Durch den Fiduciar, welchem der Erblasser den Nachlaß zu treuer Hand anvertraut, wird hier die Erbfolge gewissermaßen vermittelt. Eine innere Verwandtschaft mit der fiducia cum amico contracta ist unverkennbar, mag auch die juristische Gestaltung grundverschieden sein. (Vgl. Pernice I. S. 424).

umsichtiger Mann, so wird diese Diligenz, wie sie in der Verwaltung seines gesammten Vermögens hervortritt, auch dem Fideicommissar bei der Restitution der Erbschaft zu Gute kommen. Im anderen Falle wird man ihn nicht für levis et rebus suis consueta negligentia zur Rechenschaft ziehen können. Nicht eigentlich dem Erben, sondern dem Erblasser hat der Fideicommissar Schuld zu geben, wenn der Nachlaß in seinem Bestande verringert auf ihn kommt. Denn der Erblasser nahm den Erben so, wie er in seinem ökonomischen Wesen einmal ist, und von letzterem kann doch in der Verwaltung seines eigenen Vermögens (und dies ist doch die Erbschaft) unmöglich eine über sein gewohntes Verhalten hinausgehende Tüchtigkeit und Sorgfalt gefordert werden.[59]) Dies ist besonders in dem Falle einleuchtend, wenn die Restitution selbst noch ungewiß ist, wie bei dem unter einer Bedingung und dem post mortem heredis hinterlassenen Fideicommiß. Im Uebrigen wird der Fideicommissar dadurch gesichert sein, daß den Fiduciar schon das eigene Interesse zur Erhaltung der Nachlaßgegenstände bestimmen wird.

Es möchte vielleicht scheinen, als ob dieselben Erwägungen dahin führen würden, daß auch in dem oben berührten Falle, wenn die Restitution bloß eines Theiles der Erbschaft nach bestimmter Zeit oder mit dem Tode des Erben erfolgen sollte, dieser einzig für grobe Nachlässigkeit verantwortlich zu machen wäre. Jedoch könnte man dagegen

59) Abgesehen natürlich von derartigem Unfleiß und arger Nachlässigkeit, die an dolus grenzen und überhaupt niemand nachgesehen werden. Den Einwand übrigens, daß das im Text Bemerkte auch auf das Vermächtniß einer einzelnen Sache passe, glaube ich nicht befürchten zu dürfen.

mit Recht geltend machen, daß der Erbe, da ihm ein Theil der Erbschaft für immer zugewendet worden ist, im Sinne des Erblassers als verpflichtet gelten müsse, auch für den Schaden aufzukommen, welcher infolge der Nichtbethätigung der — wenngleich nicht in seiner Natur liegenden — Sorgfalt eines diligens paterfamilias entstanden ist.

III. Wir hatten es bisher zu thun mit der durch eine Verschuldung des Erben nach stattgefundenem Erbschaftserwerbe herbeigeführten vollständigen oder theilweisen Unmöglichkeit der Leistung. Es ist nunmehr der bereits früher (S. 41 fg.) berührte Fall zu erörtern, wenn infolge des Verhaltens des Erben vor dem Erbschaftsantritt oder, noch genauer ausgedrückt, vor dem Vermächtnißerwerbe der Gegenstand des Vermächtnisses zu Grunde geht oder beeinträchtigt wird. Es wird hier die letztwillige Zuwendung vereitelt, indem das den Gegenstand des Vermächtnisses bildende Recht (Forderungsrecht, Eigenthum u. s. w.) gar nicht oder nicht in dem vollen, der erblasserischen Verfügung entsprechenden Umfange zur Entstehung kommt, und es fragt sich, ob und wie der Bedachte sich an den mit dem Vermächtniß Beschwerten halten könne. Es lassen sich hier zwei Fälle unterscheiden, bei denen freilich wesentlich ganz dieselben Grundsätze gelten, deren Auseinanderhaltung aber sich hier der leichteren Uebersicht wegen empfiehlt.

A. Vor dem Erbschaftserwerbe wird durch den belasteten Erben die Leistung des Vermächtnißgegenstandes ganz oder theilweise unmöglich gemacht. Die eine direkte Entscheidung dieses Falles enthaltende Hauptstelle ist l. 7 §. 5 D. de dolo 4, 3.

Ulpianus l. XI. ad Edictum. — Si servum legatum heres ante aditam hereditatem occiderit, quoniam priusquam factus sit legatarii, interemptus est, cessat legis Aquiliae actio: de dolo autem actio, quocum-

que tempore eum occiderit, cessat, quia ex testamento actio competit.

Der Erbe hat vor Antritt der Erbschaft den per vindicationem vermachten Erbschaftssklaven getödtet. Dem Legatar wird die act. l. Aquiliae abgesprochen, da er zur Zeit der Tödtung noch nicht Eigenthümer war.[60]) Es würde somit die Zuständigkeit der act. doli in Frage kommen. Daß dieselbe in ihren Voraussetzungen begründet ist, läßt sich nicht in Abrede stellen. Durch die rechtswidrige und arglistige Handlung des Erben ist dem Legatar offenbar Schaden zugefügt worden, indem der Erwerb des Eigenthumes der Sache mit dem Erbschaftsantritt für ihn vereitelt worden ist.[61]) Dennoch soll die act. doli wegen ihrer subsidiären Natur nicht platzgreifen, da dem Legatar die act. ex testamento zu Gebote stehe.[62]) Wäre

60) Vgl. l. 15 pr. D. ad l. Aquil. 9, 2. S. 172. Selbstverständlich ist die Unstatthaftigkeit der act. l. Aquiliae nicht in der Weise zu deduciren, daß diese zunächst der hereditas iacens erworbene Klage (l. 13 §. 2 eod.) infolge des Erbewerdens des Thäters durch confusio untergegangen wäre, vielmehr ist das Begründetsein der Klage selbst noch ungewiß und von den Umstande abhängig, ob der Thäter oder ein Anderer Erbe wird.

61) Das würde auch bei der Vernichtung der Sache durch einen Dritten zutreffen. Dennoch ist hier von einer act. doli gegen den Thäter nicht die Rede. (l. 15 pr. cit.) Dies erklärt sich daraus, daß man den Thäter doch nicht doppelt haften lassen kann; denn dem Erben die act. l. Aquiliae zu entziehen, liegt kein Grund vor; vgl. oben S. 177. Anm. 23.

62) Mommsen Beiträge I. S. 116 Anm. 8 gründet die Entscheidung darauf, daß, obwohl ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Erben und Vermächtnißnehmer erst mit Antretung der Erbschaft entstehe, doch das Recht des letzteren selbst bereits mit dem Tode des Erblassers begründet

die vermachte Sache durch den Erben nicht vernichtet, sondern nur beschädigt oder verschlechtert worden, so würde er in gleicher Weise dem Legatar zum Schadensersatz verpflichtet sein.[63])

Es erhebt sich hier nun zunächst die Frage, an welche act. ex testamento zu denken sei, ob an die cond. certi „si paret heredem dare oportere“ oder an die act. incerti „quidquid paret heredem ex testamento dare facere oportere.“ Die Entscheidung bleibt eine sehr zweifelhafte. Nimmt man das erstere an, so müßte man sagen:[64]) durch den vom Erben bewirkten Untergang (bezw. die Verschlechterung) der vermachten Sache erleidet der Vermächtnißanspruch selbst eine Veränderung, indem nicht mehr das Eigenthum der Sache, sondern die Leistung der Sache jetzt den Gegenstand des Vermächtnisses bilde, also ein Forderungsrecht an die Stelle des dinglichen Rechts trete. Jedoch das wäre eine höchst gewagte Construction. Eine Forderung auf Leistung der Sache soll durch die Vernichtung der Sache erzeugt werden, also in demselben Augenblick entstehen, wo dieselbe zu existiren aufhört!

und nur die Geltendmachung desselben durch den Erwerb der Erbschaft bedingt sei. Indessen auf den „dies cedens“ kann hier nicht Alles abgestellt werden; vgl. oben S. 57.

63) Das findet sich allerdings nirgends ausdrücklich ausgesprochen, aber es ergiebt sich als einfache Folgerung aus der Enscheidung in Betreff der Zerstörung der Sache. Auch spricht dafür l. 15 pr. D. ad l. Aquil. 9, 2. Denn wenn der Erbe nach dieser Stelle verpflichtet ist, im Falle einer vor dem Erbschaftsantritt durch einen Dritten bewirkten Schädigung der Sache dem Legatar die aquilische Klage abzutreten, so wäre es doch seltsam, wenn er nicht auf Schadensersatz haften würde, falls er selbst die Sache beschädigt hat.

64) Darüber, daß hier vom SC. Neronianum ganz abgesehen werden muß, vgl. die Ausführungen S. 34 fg.

Gegen die zweite Klage könnte man das Bedenken geltend machen, daß an das legatum certae rei eine intentio incerti geknüpft würde.[65]) Aber dies Bedenken schwindet sofort, wenn man beachtet, daß es sich beim Vindicationslegat überhaupt um eine Forderung des Legatars gegen den Erben, die auf die Leistung der Sache gerichtet wäre, um eine dari oportere nie handeln kann. Vielmehr besteht der Inhalt der allgemeinen Vermächtnißobligation, wie bereits früher (S. 36 fg.) ausführlich dargelegt worden ist, einzig in der Verpflichtung des Erben, die Vermächtnißauflage zu erfüllen, also den auf die Zuwendung gerichteten Willen des Erblassers zu seinem Theile zu verwirklichen. Durch ein dem Vermächtnißwillen des Erblassers widersprechendes Verhalten verletzt der Erbe die ihm schon durch die Verfügung desselben auferlegte Verbindlichkeit. So auch wenn er durch seine Thätigkeit, insbesondere durch Entziehung des Vermächtnißgegenstandes, durch Vernichtung oder Verschlechterung der vermachten Sache dem Legatar die Anwartschaft auf das Vermächtniß beeinträchtigt, die Entstehung des Eigenthums oder sonstigen dinglichen Rechtes oder des Forderungsrechtes im Augenblicke des Erbschaftserwerbes vereitelt. Damit wird für den Legatar die persönliche act. ex testamento auf das Interesse begründet.[66])

65) Wie ja bekanntlich auch aus der stipulatio certi nicht mit der act. incerti ex stipulatu geklagt werden kann; l. 24 D. de R. C. 12, 1.

66) Bei Beschädigung der per vindicationem legirten Sache würde also mit der act. ex testamento Ersatz der Werthminderung beansprucht werden. — Ich wüßte nicht, weßhalb eine Formel wie „Quod Titius Aulo a Numerio servum Stichum legavit, quidquid ab eam rem Numerium Aulo ex testamento dare facere oportet“ unmöglich sein sollte. Sie unterscheidet sich ihrem materiellen Inhalt nach nicht viel von der act. commodati und de-

Nun erhebt man dagegen vielleicht die Einwendung, daß der Erbe doch immer erst mit seinem Erbschaftsantritt in ein obligatorisches Verhältniß zu dem Vermächtnißnehmer trete, daß mithin durch sein Verhalten vor demselben unmöglich eine Verpflichtung ex testamento begründet werden könne. Jedoch trotz seiner Scheinbarkeit ist dieser Einwand nicht stichhaltig. Der Erbschaftserwerb ist freilich die Voraussetzung jeder Verpflichtung des Erben. Aber die Vermächtnißobligation selbst ist durch die letztwillige Verfügung im Augenblicke des Todes des Erblassers begründet; und diese verletzt der Belastete durch seine Handlung, so daß mit seinem Erbewerden die auf Leistung des Interesse gerichtete Forderung des Vermächtnißnehmers entsteht. Es kommen also zwei juristische Thatsachen in Betracht: die eine ist die fragliche Handlung des beschwerten Erben, die andere der Erbschaftserwerb. Die juristische Wirkung der ersteren, nämlich die Begründung einer Obligation zwischen Erben und Legatar, ist abhängig von der Verwirklichung der zweiten Thatsache, so daß sie mit dieser ins Leben tritt.

Einfacher gestaltet sich die Sache beim Damnationslegat. Der Anspruch gegen den Belasteten auf Leistung des vermachten Gegenstandes wird zwar erst mit dem Erwerbe der Erbschaft existent, aber ebenso wenig wie durch

positi. Wie dort das contractswidrige Verhalten hinsichtlich der vom Kläger anvertrauten Sache, so wird hier das testamentswidrige Verhalten hinsichtlich der vermachten Erbschaftssache geltend gemacht. Gewiß könnte auch an eine act. in factum gedacht sein (vgl. l. 63 D. de legat. I.); aber auch da würde es sich um das Interesse des Legatars handeln, zu dessen Prästation der Erbe infolge der ihm zur Last fallenden Verletzung der obligatio ex testamento verpflichtet ist.

den nach demselben vom Erben verschuldeten Untergang des Vermächtnißobjektes die einmal entstandene Forderung aufgehoben wird, vermag die vor dem Erbschaftsantritt durch den Erben verschuldete Unmöglichkeit der Leistung die Entstehung der Forderung zu hindern. Strenge genommen müßte man auch hier zwei Ansprüche und Verbindlichkeiten unterscheiden. Nämlich 1) die mit dem Erbschaftsantritt entstehende, auf Leistung der vermachten Sache selber gerichtete Forderung und Verbindlichkeit, welche den Gegenstand der Zuwendung bildet; 2) der Anspruch gegen den Erben auf das Interesse wegen seines, die ihm auferlegte Vermächtnißverfügung verletzenden Verhaltens, durch welches die Leistung des vermachten Gegenstandes (das dare) vereitelt ist, also m. e. W. wegen Verletzung der Vermächtnißobligation. Aber eine solche Unterscheidung hätte nicht den geringsten praktischen Werth,[67]) da die Forderung und Klage formell auf Leistung der vermachten Sache selber (dari oportere) gerichtet bleibt.[68]) Alle Schwierigkeiten endlich verschwinden im Justinianischen Recht, da hier für den Erben auch beim Vermächtniß einer Erbschaftssache allemal eine persönliche Klage begründet ist.

Bevor wir die Grenzen der Haftung des Erben festzustellen versuchen, ist noch ein Blick auf einige andere Quellenzeugnisse zu werfen, von denen das eine ebenfalls auf das Vermächtniß beeinträchtigende Handlungen des Erben vor dem Erbschaftsantritt bezogen werden muß, die anderen wenigstens von solchen verstanden werden können.

Zunächst kommt l. 18 §. 2 D. de dolo 4, 3 in Betracht.

67) Vgl. oben S. 37.

68) Aehnlich wie in dem Falle, wenn die unter einer Bedingung geschuldete Sache vor Eintritt der Bedingung vom Schuldner zerstört wird.

Paulus l. XI. ad Edictum. — Si dominus proprietatis insulam, cuius ususfructus legatus erat, incenderit, non est de dolo actio, quoniam aliae ex hoc oriuntur actiones.

Der Jurist äußert sich hier gar nicht darüber, ob der Nießbrauch an einem Gebäude des Erben oder des Erblassers, und in diesem Falle, ob er per vindicationem oder per damnationem vermacht war, ob ferner das Eigenthum des Gebäudes dem Erben selbst oder einem Dritten zusteht; sodann, wenn es sich um ein Erbschaftsgrundstück (oder vielleicht auch um ein dem Erben gehöriges) handeln sollte, ob der Nießbrauch bereits constituirt war oder nicht; und endlich ob letzterenfalls die Zerstörung des Gebäudes vor oder nach dem Erbschaftserwerbe stattgefunden hatte. Bei dieser Unbestimmtheit läßt sich die Stelle für unsere Frage nur in geringem Maße verwerthen. Einzig der Pluralis „aliae actiones" gewährt einen, freilich nur dürftigen und unsicheren Anhalt. In keinem der denkbaren Fälle soll die actio doli platzgreifen, da der Kläger überall durch andere Klagen geschützt ist. Nämlich wenn das Gebäude zerstört wurde, nachdem bereits der Nießbrauch begründet war, würde ihm eine utilis act. l. Aquiliae, eventuell auch das interdictum quod vi aut clam zustehen.[69]) Dagegen hätte der Legatar die act. ex testamento, wenn die Zerstörung vorher erfolgt war, also nach Antritt der Erbschaft vor Bestellung des Nießbrauches beim Damnationslegat, oder vor Antritt der Erbschaft nach klassischem Recht beim Vindicationslegat und nach Justinianischem Recht, wenn überhaupt an einem dem Erblasser gehörigen Grundstücke der Nießbrauch vermacht ist.

69) l. 7 §. 4 D. eod. l. 11 §. 10. l. 12 D. ad l. Aquil. 9, 2. l. 17 §. 3 D. de usufr. 7, 1. — l. 6 D. qu. m. ususfr. 7, 4. l. 13 pr. D. quod vi 43, 24.

Daran reiht sich der ähnliche Fall, den l. 5 §. 3 u. l. 7 D. qu. m. ususfr. 7, 4 behandeln.

Ulpianus l. 17 ad Sabinum. — Si areae sit ususfructus legatus et in ea aedificium sit positum, rem mutari et usumfructum extingui constat: plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento vel de dolo tenebitur,

Julianus l. 35 Digestorum. — nisi sublato aedificio usumfructum areae mihi cesserit, tempore scilicet quo ususfructus perit transacto.

Hier ist wenigstens der eine Punkt völlig sicher, daß es sich um das Vermächtniß des Nießbrauchs an einer Erbschaftssache handelt, während es allerdings zweifelhaft bleibt, ob der Jurist ein Vindications- oder ein Damnationslegat im Sinne hatte. Durch Bebauung des Platzes hört der Nießbrauch vorläufig auf, da eine area, welche den Gegenstand des Nießbrauches bilden soll, gegenwärtig nicht existirt und das an ersterem bestehende Nießbrauchsrecht nicht auch das Gebäude ergreift.[70]) Jedoch wenn nach Abbruch des

70) Auf die juristische Construction des Unterganges des Nießbrauches durch rei mutatio, insbesondere in dem in Rede stehenden Falle der Errichtung eines Gebäudes, näher einzugehen, ist hier nicht der Ort. Vgl. über diese Frage namentlich Schirmer in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. XII. S. 172 fg., dessen Ausführungen ich jedoch darin nicht beizustimmen vermag, daß Ulpian in l. 5 §. 3 cit. eine von den anderen Juristen abweichende Auffassung vertrete. Dagegen spricht entschieden Paul. l. 9 pr. D. si serv. 8, 5 („amisit usumfructum") und das „constat" in §. 3 cit., welche Stellen sich nicht dadurch beseitigen lassen, daß man sie bloß von der Unzulässigkeit der dinglichen Klage versteht. Uebrigens schwindet jeder Schein einer divergirenden Anschauung Ulpians und l. 5 §. 3 cit. verliert für Schirmers Annahme einer solchen alle Beweiskraft,

Gebäudes die area wieder hergestellt ist, so — entsteht nicht etwa ein neuer Nießbrauch, sondern — wird der einmal begründete Nießbrauch, welcher während des Bestehens des Gebäudes ruhte, wieder ins Leben gerufen, so als ob die Bebauung des Platzes gar nicht stattgefunden hätte. Die Consequenz erfordert somit, daß, wenn das Gebäude die Verjährungszeit hindurch bestanden hat, ein Aufleben des Nießbrauches nun nicht mehr erfolgen kann.[71])

Während nun von Paulus in der besprochenen l. 18 §. 2 im Falle der Zerstörung des Nießbrauchsgebäudes dem Legatar die act. doli versagt wird, soll sie ihm nach Ulpian im Falle der Bebauung des Platzes neben der act. ex testamento zustehen, obwohl doch hier wie dort

wenn man voraussetzen darf (was der Zusammenhang mit dem vorangehenden §. 2 und mit l. 10 eod. nahe legt), daß Ulpian im ersten Theil der Stelle an die Errichtung des Gebäudes durch den Testator selbst denkt, so daß das „usumfructum extingui“ (wie auch durchweg in l. 10 eod.) von dem Untergange des legatum ususfructus d. h. der Aufhebung desselben zu verstehen ist.

71) Es möchte allerdings an sich die von Schirmer vertretene Ansicht, daß hier bloß die Ausübung des an sich bestehenbleibenden Nießbrauches vorübergehend unmöglich gemacht werde, prinzipiell richtiger erscheinen. Indessen daß in dieser Weise das Verhältniß von der „großen Mehrzahl“ der römischen Juristen aufgefaßt sei, ist m. E. durch ihn nicht dargethan; l. 36 D. de usufr. 7, 1 gehört offenbar nicht hieher, denn da handelt es sich ja gar nicht um einen schon bestehenden Ususfructus, und l. 71 eod. (welche man, wie sich aus dem Zusammenhange der Stelle ergiebt, nicht bloß von der „thatsächlichen Restitution“ des Nießbrauches zu verstehen hat) sowie l. 9 pr. cit. sprechen sogar entschieden dagegen. Auch gewährt für die Auffassung Ulpians und der Uebrigen das postliminium eine zutreffende Analogie.

eine wesentliche Umgestaltung der Nießbrauchssache stattgefunden hat. Dennoch besteht kein Widerspruch zwischen beiden Stellen. An eine elective Concurenz der act. doli und act. ex testamento ist in l. 5 §. 3 nicht zu denken; beide Klagen beziehen sich vielmehr auf verschiedene Fälle. Ist nämlich das Gebäude vom Proprietar (dem Erben oder einem Dritten) errichtet, nachdem der Nießbrauch bereits constituirt war,[72]) so greift die act. doli Platz, welche die hier unanwendbare act. l. Aquiliae ersetzt.[73]) Dagegen ist die act. ex testamento dem Legatar zuständig, wenn durch den Erben die Bebauung des Platzes vor Entstehung des Nießbrauches (also beim Vindicationslegat vor dem Antritt der Erbschaft) erfolgt war.[74]) Im letzteren Falle

72) Auf diesen Fall bezieht sich auch die eingeschobene l. 6 eod.

73) Vgl. Paul. l. 9 pr. D. si serv. 8, 5. — si iam aedificavit dominus . . . fructuarius non potest (sc. intendere ius sibi esse uti frui), quia amisit usumfructum: et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Julianus ait.

74) Die Glosse (Gl. „quoniam" ad l. 18 §. 2 cit. und Gl. „vel de dolo" ad l. 5 §. 3 cit.) macht sich mit Beseitigung des scheinbaren Widerspruches zwischen beiden Stellen viel vergebliche Mühe, indem sie eine ganze Reihe unmöglicher Lösungen aufstellt. Jedoch verkennt sie wenigstens nicht, daß bei Bebauung des Nießbrauchsplatzes eine act. l. Aquiliae nicht stattfinden könne. Die richtige Unterscheidung, ob vor oder nach Entstehung des Nießbrauches der Bau vorgenommen ist, findet sich bei Cujacius ad l. 18 §. 2 cit. in Recitt. in Pauli l. 11 ad Edict. u. in Comm. ad tit. D. 4, 3 (vgl. Recitt. in Julian. l. 35 Digest. ad l. 7 cit.), Schulting, enarr. part. I. Pand. tit. de dolo §. 10. (Comm. academ. p. 287), Noodt de usufr. l. II. c. 11. (Opp. tom. I. p. 407), Glück in dem Comment. Th. 9 S. 262. 353. Dagegen unterscheiden Schulting in den Notae ad Dig. in l. 5 §. 3 cit. und Voet, comment. ad Pand. l. IV. tit. 3. nr. 17, ob der Erbe oder

erscheint es als völlig gleichgültig, wie lange Zeit das Gebäude bestanden hat; denn allemal findet die act. ex testamento statt beim Vindicationslegat (bezw. im Justinianischen Recht, wenn an einem dem Erblasser gehörigen Platz der Nießbrauch hinterlassen war) auf Beseitigung des Gebäudes, womit der Nießbrauch von selbst entsteht,[75]) sonst auf förmliche Bestellung desselben nach Abbruch des Gebäudes. Im ersteren Falle dagegen kommt es darauf an, ob vor oder nach Ablauf der Verjährungszeit seit der Errichtung des Gebäudes geklagt wird: dort besteht die Restitution schon in dem Abbruch des Gebäudes, hier in der Neubestellung eines Nießbrauches, weil derselbe definitiv untergegangen war. Uebrigens ist praktisch die ganze Differenz von geringer Bedeutung, da es hier doch immer zur Verurtheilung auf das Interesse kommt.

Es könnte noch die Frage aufgeworfen werden, ob im Falle der Bebauung des Platzes während des Bestehens des Nießbrauches der Usufructuar einzig auf die act. doli angewiesen wäre:[76]) eine Frage, auf welche es dann an=

ein Dritter den Bau unternommen hat, indem im ersteren Falle stets act. ex testamento platzgreifen soll.

75) Wenn man mit Schirmer a. a. O. der Meinung ist, daß durch die Bebauung des Platzes der Nießbrauch nicht aufgehoben, sondern nur seine Ausübung zeitweilig gehindert werde, so muß man auch consequent weiter annehmen, daß beim Vindicationslegat trotz der schon vorher stattgefundenen Bebauung der Nießbrauch am Platze sofort mit dem Erbschaftsantritt schon begründet sei und mithin auch durch non usus während der Verjährungszeit untergehen könne.

76) Abgesehen von den interd. quod vi aut clam, welches aber dem Legatar nichts nützt, wenn er von dem für ihn durch Vermächtniß begründeten Nießbrauch keine Kenntniß hat.

kommt, wenn wegen Unbekanntschaft mit dem Nießbrauch ein dolus auf Seiten des Proprietars nicht vorliegt, wie dies beim Erben desselben und im Falle einer direkten Begründung des Nießbrauches durch Vermächtniß leichter wird vorkommen können. Im Allgemeinen wird man sagen müssen: ist einmal der Nießbrauch constituirt, so steht der Besteller dem Usufructuar wie ein beliebiger dritter Proprietar gegenüber. Jedoch ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß mit dem dinglichen Recht des Nießbrauches noch ein persönlicher Anspruch concurriren kann. So steht unzweifelhaft dem Usufructuar eine persönliche Klage zu, wenn sich der Besteller durch Stipulation zum uti frui licere verpflichtet hatte und er selbst nun oder sein Erbe in Unkenntniß des Nießbrauches (etwa in der irrigen Meinung, daß derselbe bereits erloschen sei) den Platz bebaut. Ferner würde wohl auch beim legatum sinendi modo der Legatar die act. ex testamento haben, wenn erst nach der Bestellung des Nießbrauches das Gebäude errichtet ist. Dasselbe müßte man annehmen bei einer fideicommissarischen Hinterlassung des Nießbrauches. Wie nun aber bei einem direkten legatum ususfructus, durch welches selbst schon der Nießbrauch begründet war? Auch hier wird dem Legatar die act. (incerti) ex testamento auf Wiederverschaffung des Nießbrauches am Platze bezw. Leistung des Interesses nicht versagt werden können. (Vgl. oben S. 42.) Für das Justinianische Recht würde jedenfalls die Zuständigkeit der persönlichen Klage aus dem Vermächtniß keinem Bedenken unterliegen.

Doch kehren wir von dieser Abschweifung zurück zu der Frage nach der Haftung des Erben für die durch ihn vor dem Erbschaftserwerbe herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung des Vermächtnißgegenstandes. Es war uns bisher begegnet der Fall der Zerstörung der vermachten Sache und der wesentlichen Umgestaltung derselben beim Vermächt=

niß eines Nießbrauches. Noch einen anderen Fall behandelt die interessante l. 24 D. de lib. leg. 34, 3:

Papinianus l. VIII. Responsor. — Cum heres rogatur debitorem suum liberare, de eo tantum cogitatum videtur quod in obligatione manserit: itaque si quid ante tabulas apertas fuerit solutum, ad causam fideicommissi non pertinebit. Quod autem post tabulas apertas ante aditam hereditatem ab eo, qui voluntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, dolo proximum est ideoque repeti potest.

Es handelt sich hier um ein dem Schuldner des Erben hinterlassenes Schuldbefreiungsvermächtniß, aus welchem für den ersteren der Anspruch auf förmliche Aufhebung der Forderung hervorgeht. Wird mittlerweile die Schuld gezahlt, so ist damit auch das Vermächtniß hinfällig geworden.[77]) Es fragt sich nun aber, ob nicht der Erbe trotzdem aus dem Testament verpflichtet bleibe, wenn er nach dem Tode des Erblassers aber vor dem Erbschaftserwerbe die Schuld eingetrieben und das Vermächtniß so vereitelt hat, da ja hiemit die den Gegenstand des Vermächtnisses bildende Leistung, nämlich der Liberationsakt unmöglich geworden ist. Papinian unterscheidet zunächst, ob vor oder nach der Eröffnung des Testamentes die Zahlung stattgefunden hat. Es liegt die Annahme nahe,[78]) daß er den Zeitpunkt der solennen Testamentseröffnung deßhalb als den entscheidenden ansieht, weil mit demselben nach dem zu seiner Zeit geltenden Recht der lex Papia Poppaea der dies

77) Des Näheren ist hierüber erst im Commentar zum Titel XXXIV, 3. §. 1554 zu handeln.

78) So wird die Stelle von Cujacius Recitt. in l. VIII. Resp. Papin. ad h. l. und Mommsen, Beiträge I. S. 116. Anm. 8 aufgefaßt. Uebrigens denkt schon die Glossa „ante tabulas“ ad h. l. an das ältere Recht.

cedens der Vermächtnisse eintritt. [79]) Indessen nothwendig ist diese Annahme und damit zugleich die weitere Supposition eines Versehens der Compilatoren keineswegs. [80]) Eben so gut läßt sich sagen, daß auf den Zeitpunkt der Testamentseröffnung deßhalb Gewicht gelegt wird, weil vor demselben der Erbe von seiner Einsetzung und der Belastung mit dem Vermächtniß regelmäßig keine sichere Kenntniß haben wird. Und so kann auch die Stelle einzig im Sinne der Compilation verstanden werden. Wenn demgemäß die

79) S. diesen Comment. Th. 48. S. 199 fg.

80) Es möchte sich vielmehr fragen, ob man der Entscheidung Papinians völlig gerecht wird, wenn man sie vom Standpunkte der l. Papia Popaea auffaßt. Wenn nämlich auch für die Caducität der Zeitpunkt der Testamentseröffnung maßgebend ist, und der dies cedens auf denselben insofern verlegt ist, daß die Transmission des Vermächtnisses auf die Erben des Legatars nur beim Tode desselben post apertas tabulas eintritt, so darf man daraus doch nicht die Folgerung ziehen, daß Alles, was sich vor der Testamentseröffnung mit dem Vermächtnißgegenstande zuträgt, juristisch so behandelt werden müsse, als wäre es bei Lebzeiten des Testators geschehen. Es ist eben für unsere Frage, wie schon öfters hervorgehoben, nicht der dies legati cedens, sondern der Zeitpunkt des Todes des Erblassers, als derjenige, mit welchem die Vermächtnißobligation begründet wird, der entscheidende. Mit ersterem kommen wir zu ganz falschen Entscheidungen bei bedingten Vermächtnissen und solchen, deren dies non ante aditam hereditatem cedit (Comment. Th. 48. S. 202. Anm. 14). Ferner, wenn der Erbe vor der Testamentseröffnung die Schuld eingetrieben hat, während er von dem, etwa in einem Codicill angeordneten Vermächtnisse Kenntniß besaß, würde Papinian zweifellos ebenso entscheiden: dolo proximum est. Schon Azo bemerkt in der Gl. „apertas“: idem si ante apertas fuerit exactum ab eo, qui scivit voluntatem defuncti.

Zahlung der Schuld noch vor Eröffnung des Testamentes, also zu einer Zeit, wo dem ernannten Erben das Vermächtniß noch unbekannt war, erfolgt ist, so hat der Schuldner keinen Anspruch aus dem Fideicommiß, da dasselbe hinfällig geworden ist. Wenn der Erbe dagegen nach der Testamentseröffnung, also nachdem er — und vorausgesetzt, daß er [81]) — von dem Vermächtniß bereits Kenntniß erlangt hatte, die Schuld, wenn auch vor Antritt der Erbschaft, eintreibt, so grenzt dies, wie Papinian sich ausdrückt, an Arglist und die Leistung soll deßhalb zurückgefordert werden können.

Dabei ist zweierlei zu beachten. Zunächst darf man die vom Juristen gegebene Begründung der Entscheidung nicht in der Weise auffassen, als ob einzig dann der Legatar einen Anspruch hätte, wenn der Erbe in arglistiger Absicht die Schuld eingetrieben hat. Es wird vielmehr alles abgestellt auf das Wissen des Erben vom Vermächtniß. Die Unredlichkeit liegt schon darin, daß hier der Erbe das vom Schuldner Erlangte für sich behalten will, mochte er auch bei der Eintreibung nicht die Absicht, das Vermächtniß zu vereiteln, gehabt haben. So wird der Anspruch des Legatars auch begründet sein, wenn der in betreff der Antretung der Erbschaft noch unentschiedene Erbe aus Besorgniß vor eintretender Insolvenz des Schuldners oder wegen drohender Verjährung der Klage den Schuldner zur Zahlung gedrängt hat, obwohl doch hierin gewiß kein dolus zu finden ist. Andererseits behält der Legatar seinen Anspruch auch bei freiwilliger Zahlung, die der Erbe in Kenntniß des Vermächtnisses annahm. Sodann braucht kaum bemerkt zu werden, daß bei dem Ausdruck „repeti potest“ nicht etwa an eine condictio indebiti zu denken ist, selbst

81) Denn möglicherweise ist das Vermächtniß in einem noch nicht bekannten Codicill angeordnet.

nicht in dem Falle, wenn die Zahlung ohne Richterspruch erfolgt war, da ja zur Zeit der Leistung eine Schuld bestand. Hätte doch auch der Klage des Erben keine doli exceptio entgegengesetzt werden können, — selbst wenn derselbe wirklich in arglistiger Absicht die Leistung einforderte, da der dolus erst durch sein späteres Verhalten bestimmt wird. Vielmehr ist es die act. ex testamento bezw. petitio fideicommissi, mit welcher der Legatar die gemachte Leistung zurückfordert. [82])

82) Auch dann wenn dem Schuldner des Erblassers oder des Erben unter einer Bedingung Befreiung vermacht war, und nach Antritt der Erbschaft während Schwebens der Bedingung Zahlung geleistet wird, ist die zutreffende Klage die act. ex testamento, l. 7 §. 7 vgl. §. 5. 6. l. 21 §. 2 D. de lib. leg. 34, 3. An sich ist auch hier gegen die Klage des Erben die exc. doli nicht begründet; diese kann nur dann entgegengesetzt werden, wenn letzterer sich nicht zur cautio legatorum versteht, l. 5 pr. D. de doli exc. 44, 4 vgl. l. 1 §. 2 D. ut in poss. leg. 36, 4. Vielleicht wäre unter gleicher Voraussetzung dem Legatar die exc. doli zuständig, wenn vom Erben während der Deliberationsfrist die Schuld eingeklagt wird, arg. l. 1 §. 4 eod. — Dagegen beim bedingten pactum de non petendo würde der Schuldner, der während Schwebens der Bedingung Zahlung geleistet hat, unzweifelhaft condictio indebiti haben, wie er auch die Klage des Gläubigers mittelst exc. doli zurückweisen könnte, da in einem solchen stets eine Stundung bis zur Entscheidung der Bedingung enthalten ist; vgl. l. 36. D. de R. C. 12, 1. Daß eine Stundung in dem bedingten Liberationsvermächtniß nicht liegt, ist ganz klar, wenn das Vermächtniß auf Leistung des Geschuldeten geht. Woher aber auch dann nicht, wenn es auf Nichteinforderung gerichtet ist? Doch wohl, weil den Inhalt des legatum liberationis die förmliche Befreiung des Schuldners bildet, und diese erst dann erfolgen soll, wenn die Bedingung eingetreten ist.

Der Entscheidung Papinians widerspricht natürlich nicht l. 7 §. 4 D. de lib. leg. 34, 3, wo Ulpian den Bestand des legatum liberationis davon abhängig macht, daß die Schuld nicht bei Lebzeiten des Erblassers bezahlt ist. Das argumentum a contrario, daß überall, wenn erst nach dem Tode desselben, gleichviel ob vor oder nach dem Erbschaftsantritt, ob mit oder ohne Kenntniß des Vermächtnisses, die Eintreibung stattgefunden hat, der Fortbestand des Vermächtnisses angenommen werden müsse, wäre um so verkehrter, als diese Stelle von einem Schuldner des Erblassers handelt. Endlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß die Entscheidung der l. 24 cit. analoge Anwendung finden muß, wenn das Vermächtniß eine, dem Erben oder sonstigen Bedachten zustehende Forderung zum Gegenstande hat.

Es erübrigt nun noch, die Voraussetzungen für die Haftung des Erben, wenn durch sein Verhalten vor dem Erbschaftsantritt die Unmöglichkeit der den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Leistung herbeigeführt worden ist, näher festzustellen. Die bisher erörterten Quellenaussprüche setzten alle einen Dolus des Erben voraus. Ein solcher ist nun aber überhaupt dann anzunehmen, wenn der Belastete in Kenntniß des Vermächtnisses den Untergang des Gegenstandes desselben bewirkt hat; z. B. er hat das vermachte Thier getödtet, das Haus abgebrochen, den Sklaven freigelassen. Er macht ferner allgemeinen Grundsätzen entsprechend keinen Unterschied, ob der Untergang durch positive Einwirkung auf die Sache oder durch eine Unterlassung herbeigeführt worden ist, so daß arglistiges Unterlassen dem arglistigen Handeln gleichsteht; so z. B. wenn der Belastete das vermachte Thier absichtlich verhungern läßt. Und endlich nicht bloß für Vernichtung, sondern auch für Beschädigung und Entwerthung des Vermächtnißgegenstandes hat der Belastete in gleicher Weise aufzukommen. Nun erhe-

ben sich aber zwei Fragen: 1) Haftet der Erbe auch für Zerstörung oder Verschlechterung des Gegenstandes, wenn er von dem Vermächtniß keine Kenntniß hatte? 2) Ist die Haftung in dem einen oder anderen Falle auf absichtliche Einwirkung auf die Sache zu beschränken, oder kann der Belastete auch wegen culpa in Anspruch genommen werden?

Was die erste Frage anbetrifft, so wird man die Verneinung derselben nicht auf die Entscheidung in l. 24 cit. gründen können,[83]) da es sich hier um eine dem Schuldner des Erben vermachte Befreiung handelt. Wir werden aus dieser Stelle vielmehr den Satz entnehmen müssen, daß der Erbe, welcher die vermachte eigene Sache vor Antritt der Erbschaft vernichtet u. dgl., nur dann dem Legatar haftet, wenn er von dem Vermächtniß wußte. Und das ist auch ohnehin einleuchtend. Denn nur unter der Voraussetzung der Kenntniß von dem Vermächtniß kann hier von einem arglistigen oder rechtswidrigen Verhalten des Erben, wodurch der Verfügung des Erblassers zuwidergehandelt wird, die Rede sein. Sonst ist er für die durch ihn herbeigeführte Vereitelung des Vermächtnisses nicht verantwortlich, weil er sie nicht verschuldet hat. Allerdings kommt die Unbekanntschaft mit dem Vermächtniß, wie wir im folgenden §. 1526. e. sehen werden, nicht in Betracht, wenn der Erbe nach dem Erbschaftsantritt die vermachte Sache zerstört; aber da verletzt er auch das bestimmte für den Legatar bereits entstandene Forderungsrecht auf Leistung der Sache.

Es wäre nur zu erwägen, ob nicht in dem Falle, wenn eine Erbschaftssache den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, das Nichtwissen von dem Vermächtniß als unerheblich angesehen werden müßte. Dafür möchten in der That

83) Die Frage wird verneint von Voet comm. ad. Pand. l. 30—32, nr. 51, bejaht von Cujacius l. c. (Anm. 78); von beiden mit Berufung auf dieselbe l. 24 cit.

überwiegende Gründe sprechen. Es würde gewiß ebenso wenig der juristischen Consequenz wie dem natürlichen Rechtsgefühl entsprechen, wenn der Belastete, welcher die vermachte Nachlaßsache, also doch immer noch eine fremde Sache, absichtlich vernichtet oder beschädigt und so das Vermächtniß vereitelt oder beeinträchtigt, sich nach dem Erbschaftsantritt dem Legatar gegenüber darauf sollte berufen können, daß er von dem Vermächtniß nichts gewußt habe, während er doch bei der Ausschlagung der Erbschaft von dem nunmehrigen Erben mit der aquilischen Klage auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden könnte.

Damit ergiebt sich zugleich die Beantwortung der zweiten Frage. Insofern überhaupt der Berufene, der mit dem Vermächtniß beschwert ist, beim Nichterwerbe der Erbschaft dem Erben für den Untergang oder die Verschlechterung der Sache verantwortlich wäre, haftet er beim Erbschaftsantritt auch dem Legatar mit der act. ex testamento. Also nicht bloß bei vorsätzlicher, sondern auch bei fahrlässiger Zerstörung oder Beschädigung der vermachten Sache kann der Legatar seinen Vermächtnißanspruch gegen den Erben geltend machen.[84]) Hier wie dort qualificirt sich die Handlung des Belasteten als eine an sich rechtswidrige. Aber auf die aquilische Verschuldung beschränkt sich nicht die Haftung des Erben. Hat er den Nachlaß von dem Deliberationsrecht Gebrauch machend in Besitz und

84) Anders Pernice, Sachbeschädigung S. 187, nach welchem der Legatar nur dann eine Klage aus dem Testament haben soll, wenn der Erbe in der „Absicht, das Vermächtniß zu verringern oder zu vereiteln" die schädigende Handlung vorgenommen hat. Es wird hier die Ersatzforderung des Legatars unter dem Gesichtspunkt eines Deliktsanspruches aufgefaßt, wobei die Natur der Vermächtnißobligation und der act. ex testamento verkannt zu werden scheint.

Verwaltung genommen, so muß er dem Legatar auch für den infolge seiner Nachlässigkeit eingetretenen Verlust des Vermächtnißgegenstandes aufkommen; jedenfalls wenn ihm das Vermächtniß bekannt war. Handelt es sich um das Vermächtniß einer dem Erben selbst gehörigen Sache, so wird man auch hier die Haftung des Erben nicht auf den Fall des Dolus beschränken dürfen. Denn man kann von dem belasteten Erben, welcher das Vermächtniß kennt, mit Recht verlangen, daß er im Hinblick auf die mit dem Erbschaftserwerb entstehende Vermächtnißforderung die nöthige Vorsicht und Sorgfalt hinsichtlich der vermachten Sache bethätige. Macht er sich durch eigene Schuld, gleichviel ob positive Thätigkeit oder Unthätigkeit, noch vor dem Erbschaftsantritt die Leistung der Sache überhaupt oder in unversehrtem Zustande unmöglich, so wird dadurch die Entstehung des Vermächtnißanspruches für den Legatar nicht gehindert.

Es braucht schließlich kaum noch hinzugefügt zu werden, daß dieselben Grundsätze maßgebend sind, wenn infolge einer Verfügung über die vermachte Sache, insbesondere durch Veräußerung derselben vor dem Erbschaftserwerbe mittelbar der Untergang oder die Verschlechterung herbeigeführt ist.

B. Hat der Erbschaftserwerb bereits stattgefunden, so kann das Verhalten des belasteten Erben vor dem Zeitpunkt des Vermächtnißerwerbes keine Schwierigkeit bereiten. Es handelt sich hierbei vornehmlich um bedingte Vermächtnisse, deren Anfall bekanntlich erst mit der Erfüllung der Bedingung erfolgt. „Die Verhaftung des Beschwerten tritt mit dem Erwerbe der Erbschaft ein, auch dann wenn das Vermächtniß ein bedingtes ist.“ [85]) Demgemäß hat er auch in derselben Weise, wie beim unbedingten Vermächtniß für Nachlässig-

85) Windscheid, Pand. III. §. 647. Anm. 8.

keit einzustehen. Nur beim bedingten Vindicationslegat, mag die Sache selbst oder ein dingliches Recht insbesondere ein Nießbrauch an ihr vermacht sein, könnte ein Zweifel in betreff der Voraussetzungen und des Umfanges der Haftung des Erben für sein Verhalten in der Zwischenzeit, sowie hinsichtlich der zuständigen Klage, mit welcher der Legatar seinen Anspruch geltend zu machen hat, entstehen.

Zunächst braucht es nur ausgesprochen zu werden, daß die Haftung hier allemal, abweichend von dem für das Verhalten des Erben vor Antretung der Erbschaft aufgestellten Grundsatze, Kenntniß des Vermächtnisses voraussetzt. Wußte der Erbe von demselben nichts oder glaubte er irrthümlich, daß die Bedingung ausgefallen sei, so kann ihm auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn durch seine Handlung, Verfügung, Unterlassung die vermachte Sache zerstört, verloren gegangen oder verschlechtert worden ist, und der Legatar ist zu einer Ersatzforderung beim Eintritt der Bedingung nicht berechtigt.[86]) Anderenfalls aber wird der Erbe in dem gleichen Maße wie beim unbedingten Vermächtniß für alle culpa verantwortlich.

Auch die juristische Begründung des Anspruches des Legatars kann nicht schwer fallen. Während Schwebens der Bedingung ist unfraglich der Erbe Eigenthümer der vermachten Sache. Hat er sie inzwischen vernichtet, so kann beim Eintritt der Bedingung das Eigenthum dem Legatar nicht erworben werden; und da durch seine Schuld die Entstehung des Eigenthumes unmöglich gemacht ist, so kann der Legatar Schadensersatz fordern. Schon daraus ergiebt sich, daß eine rei vindicatio des Legatars gegen den Erben

86) Es soll nicht verschwiegen werden, daß beim bedingten Damnationslegat — und somit für das Justinianische Recht überhaupt —, wenn eine positive Handlung des Erben in Frage steht, Zweifel aufsteigen (Vgl. §. 1526. e.).

als einen solchen früheren Besitzer qui dolo desiit possidere ganz undenkbar ist, einfach weil nicht er, sondern der Erbe zur Zeit der Vernichtung Eigenthümer gewesen war.[87]) Dieses Bedenken würde der act. ad exhibendum nicht entgegenstehen. Denn mit dieser Klage verlangt der Legatar zunächst nichts weiter, als Vorweisung oder Herbeischaffung der Sache, um an ihr sein Eigenthumsrecht geltend zu machen. Denn könnte die Sache wiedergeschafft werden, so würde auch sein Eigenthum ins Leben treten. Das ist nun freilich unmöglich; da der Erbe aber die Sache früher besessen hat und sich durch seinen Dolus selbst in die Lage gesetzt hat, sie nicht vorweisen zu können, so haftet er, als ob sie noch vorhanden wäre und in seinem Besitz sich befände. Die act. ad exhibendum hat hier den Charakter einer Entschädigungsklage; sie dient als Ersatz der vereitelten Vindication.[88]) Dies Alles findet seine Bestätigung in l. 9 §. 4 D. ad exhib. 10, 4.[89])

87) Dagegen meint Demelius, Exhibitionspflicht S. 95: „Nachdem der Erbe dolo desiit possidere, wird nicht nur condicione legati existente ihm gegenüber die Entstehung des Vindicationsanspruches nicht verhindert," — das könnte man vielleicht zugeben, wenn die Sache noch vorhanden also das Eigenthum dem Legatar zugefallen ist — „sondern derselbe ist auch ganz unabhängig davon, ob die legirte Sache noch existirt oder nicht." Die l. 69 §. 1 D. de legat. I. aber, auf welche er sich hiefür beruft, beweist nichts; denn sie spricht einzig von der rei vindicatio gegen den Besitzer der Sache.

88) Sie stützt sich also nicht auf ein noch vorhandenes Vindicationsrecht, sondern auf ein Vindicationsrecht, das dem Legatar zustehen würde, wenn der Erbe sich nicht des Besitzes arglistigerweise entäußert (die Sache vernichtet) hätte.

89) Vgl. über diese Stelle Cujacius, Recitt. in Dig. X, 4 ad l. 3 §. 14. Glück in dem Comment. Th. 11. S. 209. Elvers, Servitutenlehre S. 587 fg., Schmid, Cession I,

Ulpianus l. 24. ad Edict. — Marcellus scribit, si tibi decem nomismata sint sub condicione legata et mihi decem ususfructus pure, deinde heres pendente condicione non exacta cautione decem fructuario solverit, ad exhibendum eum actione teneri, quasi dolo fecerit quominus possideret: dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario effectumque est, ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis. Ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si condicio extiterit legati. Potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum, et si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. Si tamen ignarus legati tui a fructuario satis non exegit, dicit Marcellus cessare ad exhibendum, scilicet quia nullus dolus est: succurrendum tamen legatario in factum adversus fructuarium actione ait.

Diese Stelle bietet der Auslegung große Schwierigkeiten, welche nicht gehoben werden, wenn man die über die gleiche Frage ebenfalls aus Marcellus referirende l. 1 §. 17 D. ut legat. 36, 3 desselben Juristen zur Erklärung heranzieht. Unzweifelhaft handelt es sich um einen Quasiusufructus an bestimmt bezeichneten Geldstücken,[90]) — nicht um einen eigentlichen Nießbrauch an individuellen Münzen[91]) —, deren Proprietät einem An-

S. 502, Demelius a. a. O. S. 94 fg. S. 190, Pernice a. a. O. II. S. 394. Eine eingehende, auf alle Schwierigkeiten bezugnehmende Interpretation der Stelle findet sich hier aber nicht.

90) „Decem quae in arca sunt" heißt es in l. 1 §. 17 cit. Es ist also eine individuelle Summe, es sind aber nicht Münzindividuen gemeint. Vgl. die Ausführung oben S. 113 fg.

91) Wie nach dem Vorgang der Glosse zur l. 9 §. 4 cit. (anders Glossa u. Casus Viviani zur l. 1 §. 17 cit.) De-

dern direkt vermacht ist. Sehen wir nun zunächst zu, wie sich das Verhältniß beim unbedingten Vermächtniß der Geldstücke gestaltet. Das Eigenthum an den Geldstücken wird dem Legatar erworben; somit ist ihm auch die Vindication gegen den Erben zuständig. Andererseits aber kann der andere Legatar sein Recht aus dem Nießbrauchsvermächtniß geltend machen und Herausgabe der Hälfte[92]) der Geldstücke verlangen.[93]) Jedoch darf der Erbe das Geld dem letzteren nur gegen Stellung der cautio quasi-usufructuaria ausantworten. Diese Caution wäre freilich dem Proprietar zu leisten; ist dieser aber nicht zur Stelle, so läßt der Erbe sich selbst die Rückgabe des Geldes finito usufructu promittiren. Vindicirt nun der Proprietar die ihm vermachten Geldstücke, so braucht der Erbe nur die Hälfte der Geldstücke zu restituiren und kann ihn hinsichtlich des anderen Theiles, den er dem Usufructuar bereits hingegeben oder noch zu leisten hat, mit Cession der Forderung aus der Caution abfinden.[94]) Hätte der Erbe es ver-

melius, verleitet durch das Wort nomismata unter Bezugnahme auf l. 28 D. de usufr. 7, 1 annimmt. Dem gegenüber ist auf die gelehrte Auseinandersetzung von Noodt de usufr. l. I. c. 4. Observ. l. I. c. 5 (Opp. I. p. 348 sqq. p. 262 sqq.) zu verweisen.

92) l. 6 pr. D. de usufr. ear. rer. 7, 5; vgl. l. 19 D. de usufr. leg. 33, 2.

93) l. 1 §. 17 cit.: is cui proprietas legata est, ipso iure decem vindicabit, fructuarium autem ex senatusconsulto acturum et quinque usumfructum petiturum constat.

94) l. 1 §. 17 cit. Sed cum decem vindicat proprietarius, per exceptionem doli repelli, qua fructuarius de restituendis quinque heredi cavit. Fast unabweislich erscheint die Annahme, daß hinter repelli ein ganzer Satz ausgefallen ist, den Th. Mommsen ergänzt: „si paratus sit heres quinque ei solvere et stipulationem ei cedere.“ Es ließe sich

säumt, sich Caution stellen zu lassen, so würde der Proprietar mit der Vindication aller ihm vermachten Geldstücke durchdringen. Wie nun etwa noch, wenn der Legatar im Besitze aller ihm vermachten Geldstücke sich befindet, die ihm vielleicht der Erbe selbst in Unkenntniß des Nießbrauchsvermächtnisses hingegeben hat? Dann kann entweder der Erbe oder der Usufructuar die Hälfte derselben, aber immer nur gegen Cautionsstellung herausverlangen.[95])

aber doch der überlieferte Text halten, wenn man das „qua" in der nicht ungewöhnlichen Bedeutung von „insofern als, insoweit als" nimmt. Der Sinn wäre dann: hinsichtlich der 5 bringt der Kläger jedenfalls durch, diese muß also der Erbe restituiren; was die anderen 5 anbetrifft, so wird letzterer durch die exc. doli geschützt, insofern als der Usufructuar ihm Caution geleistet hat, die der Erbe nun dem Kläger abzutreten hat. (So wird die Stelle schon von Vivianus in dem Casus ad h. l. aufgefaßt: verumtamen obstabit ei exceptio quoad quinque etc.) Fraglich bleibt nur, ob der Erbe dem Proprietar die 10 herausgeben müßte, wenn der Usufructuar das Nießbrauchsvermächtniß noch gar nicht geltend gemacht hat, ersterer somit auch nicht in der Lage ist, seine Cautionsforderung abzutreten. Doch wohl, falls nicht der Erbe selbst bereit ist, dem Kläger Caution zu leisten. Hätte der Proprietar aber alle Geldstücke erhalten, so würde nunmehr das Nießbrauchsvermächtniß gegen ihn verfolgt werden können.

95) Aber mit welcher Klage? In l. 1 §. 17 wird fortgefahren: Plane si decem aureorum possessionem legatarius habeat, Marcellus ait dandam vel heredi vel fructuario utilem actionem in legatarium, si modo ei caveatur. Schon der Glosse ist dies befremdlich und sie giebt keine Lösung. Daß die utilis actio im eigentlichen Sinne und nicht etwa in der Bedeutung einer wirksamen Klage zu nehmen ist, ergiebt der Zusammenhang. Die utilis actio des Usufructuars macht weniger Schwierigkeit; sie ist ihrem Wesen nach dieselbe Klage, die ihm gegen den Erben zu-

Verwickelter wird der Fall, wenn die Proprietät unter einer Bedingung vermacht ist. Zunächst hat hier der Usufructuar bis zum Eintritt der Bedingung den Nießbrauch an der ganzen Summe, kann also auch alle Geldstücke herausverlangen. Der Propietar hingegen hat pendente condicione auf die cautio legatorum Anspruch; ist ihm diese vom Erben geleistet, so kann er nicht mehr Cautionsstellung vom Nießbraucher fordern, und ebenso umgekehrt. Was nun aber die dem Quasiusufructuar obliegende Cautionspflicht anbetrifft, so hat er sowohl dem Erben wie dem Proprietar Sicherheit zu leisten,[96]) und zwar jedem unter der entgegengesetzten Bedingung: 1) dem Erben, daß er für den Fall der Deficienz der Bedingung, bei Beendigung des Nießbrauches die ganze Summe, 2) dem Proprietar, daß er condicione existente die eine Hälfte sofort, die andere bei Beendigung des Nießbrauches zurückgeben werde.

In der l. 9 §. 4 cit. handelt es sich nun darum, daß während Schwebens der Bedingung der Erbe dem Usufructuar alle Geldstücke non exacta cautione gegeben hat. Bei dieser Caution, durch deren Versäumniß sich der

stand, s. Anm. 93. Anders steht es mit der utilis actio des Erben. Hätte er irrthümlich die 10 Geldstücke gezahlt, so ließe sich an die condictio indebiti in betreff der 5 denken, sonst vielleicht an eine cond. sine causa (?). Aber wozu überhaupt die Klage des Erben, und stünde sie nicht in Widerspruch damit, daß der Proprietar „ipso iure decem vindicabit"? Eine Erklärung dürfte schwer zu finden sein; jedenfalls hat der Jurist, um dies noch beiläufig zu bemerken, nicht das interd. quod. legatorum im Sinne.

96) l. 8 D. usufr. quemadm. 7, 9. Ganz richtig wird der Inhalt der zweiten Caution von Vivianus angegeben.

Erbe verantwortlich machen soll, kann offenbar nicht an diejenige der beiden oben genannten, durch welche der Erbe seinen eigenen eventuellen Anspruch sichert, gedacht werden. Vielmehr ist darunter eine solche Stipulation zu verstehen, die zugleich das Interesse des Usufructuars mitumfaßt, in der also unbedingt die Rückgabe des Empfangenen (der zehn) bei Beendigung des Nießbrauches, und unter der Bedingung des Legates der Proprietät (genauer noch, falls der Proprietar sie erlebt) die sofortige Rückgabe der einen Hälfte des Empfangenen (der fünf) versprochen wird. Durch die ohne Cautionsstellung zum Zwecke der Begründung des Quasiusfructus erfolgte Zahlung der Geldstücke ist das Vermächtniß des Proprietars vereitelt. Er kann zunächst, wenn die Bedingung seines Legates eintritt, weder den einen Theil sofort, noch den anderen Theil finito usufructu vindiciren; denn das Eigenthum des Geldes ist schon mit dem Empfange auf den Usufructuar übergegangen,[97]) und ferner ist er doch selbst nie Eigenthümer gewesen. Sodann aber — und darauf kommt es hauptsächlich an — beruht ja beim Quasiusfructus das ganze Recht des Proprietars in der auf die cautio gegründeten Forderung gegen den Nießbraucher, aus welcher einzig auf Rückgabe der empfangenen Summe geklagt werden kann;[98]) ein Obligationsverhältniß zwischen beiden besteht hier aber doch nicht, und da der Erbe sich keine Caution hat stellen lassen, so kann der Legatar auch nicht mit einer cedirten Klage den Quasiusufructuar in Anspruch nehmen.

97) Nicht etwa erst durch die Consumtion der Geldstücke oder die Vermischung mit dem eigenen Gelde beim Usufructuar ist, wie Demelius meint, die Vindication für den Legatar ausgeschlossen.

98) Vgl. l. 6 pr. D. ut in poss. leg. 36, 4. l. 1 C. de usufr. 3, 33.

Marcellus giebt nun dem Legatar gegen den Erben, der in Kenntniß des Vermächtnisses, ohne sich Caution leisten zu lassen, dem Usufructuar das Geld gezahlt hat, die act. ad exhibendum, wie gegen einen fictus possessor, da er durch sein doloses Verhalten[99]) das Legat vereitelt hat. Nicht erst nach dem Tode oder nach eingetretener capitis deminutio des Usufructuars, soll dem Legatar diese Klage zuständig sein, sondern gleich mit dem Eintritt der Bedingung. Das wäre auch ohne Weiteres einleuchtend hinsichtlich seines Anspruches auf den Theil der Summe, der ihm schon jetzt herausgegeben werden muß. Es ist aber auch nicht auffallend, wenn wir den erst nach Beendigung des Nießbrauches zu restituirenden Theil in Betracht ziehen; denn wir haben es ja beim unbedingten Legat der Proprietät gesehen, daß ipso iure auch dieser Theil der Geldstücke vindicirt werden, der Erbe aber den Proprietar mit Abtretung der cautio fructuaria abfinden kann. So wird denn auch hier der mit der act. ad exhibendum in Anspruch genommene Erbe nur den fälligen Theil der Geldsumme zahlen müssen und hinsichtlich des anderen Caution für die Zeit der Beendigung des Nießbrauches stellen können.

Bedenklicher steht es mit der Begründung der act. ad exhibendum, ja man wird nicht umhin können, sie als schief zu bezeichnen. Besitzen thut der Erbe die Geldstücke nicht, aber er haftet doch quasi dolo fecerit quominus possideret; der dolus steckt darin, daß er bei der Weggabe der Münzen, zu der er an sich nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet war, cautionem exigere supersedit: denn dadurch ist das Vermächtniß hinfällig geworden, —

99) Darüber, daß die Römer in der Handlung des Erben einen dolus, nicht eine culpa finden, vgl. Pernice a. a. O.

da der Legatar nunmehr die Münzen nicht vindiciren kann. Da wäre doch zunächst zu bemerken, daß wenn der Erbe sich Caution hatte stellen lassen, also nicht dolo fecerit quominus possideret, der Legatar ebensowenig ein Vindicationsrecht gehabt hätte. Darauf, daß der Legatar die Münzen nicht vindiciren kann, wird es doch hier, wo dieselben nach dem Willen des Erblassers in das Eigenthum zum Zweck der Begründung eines quasiususfructus gelangt sind, nicht ankommen können.[100]) Mit einem Worte: nicht die Vindication, sondern die Rückforderung, existente condicione, welche materiell den Inhalt des Vermächtnisses bildet, ist durch die Verabsäumung der Cautionsleistung bei der gebotenen Weggabe der Geldstücke abgeschnitten.

Und ferner welche Klage würde der Jurist gegen den Erben, der sich Caution hatte stellen lassen, geben? Doch auch wohl die act. ad exhibendum, welche der Beklagte mittelst exc. doli zurückweisen könnte, wenn er sich zur Cession seines Anspruches aus der empfangenen Caution bereit erklärt. So kommt denn die Entscheidung darauf hinaus, daß der Erbe in dem einen Falle auf Leistung der vermachten Geldsumme haftet, obwohl er die Münzen, um die es sich handelt, nicht besitzt, quasi dolo fecerit quominus possideret, in dem anderen Falle nur die cautio zu cediren braucht. Schließlich würde sich ja die act. ad exhibendum in beiden Fällen auf ein Prinzip zurückführen

100) Dies Bedenken hat die Glosse bestimmt, einen verus ususfructus anzunehmen (Gl. „si tibi decem" ad l. 9 §. 4 cit.: alias quod dicitur de vindicatione, locum habere non posset). Dem gegenüber genügt es, auf das zwar abgekürzte, aber zum Theil wörtlich übereinstimmende Referat der Deduction des Marcellus, in l. 1 §. 17 cit., welches augenscheinlich auf dieselbe Stelle seiner Digesten sich bezieht, hinzuweisen.

lassen: nämlich der Erbe, welcher in Kenntniß des Vermächtnisses sich des Besitzes entäußert hat, haftet so als ob er besäße, wenn er nicht dem Legatar die cautio usufructuaria abtritt, — sei es daß er sie nicht abtreten kann, weil er sie sich selber nicht hatte leisten lassen, oder daß er sie nicht abtreten will. Daß damit aber für die juristische Begründung dieser Klage nichts gewonnen wäre, bedarf keines Beweises. Wenn man nun noch dazu nimmt, daß in unserem Falle der Kläger nie Eigenthümer der Sache war und es auch nicht werden konnte, so möchte es doch scheinen, als ob die act. ad exhibendum hier eine von ihrer ursprünglichen civilistischen Basis völlig gelöste Entschädigungsklage ist. Sie ist ferner ein Nothbehelf, zu welchem Marcellus veranlaßt wurde, durch die — nicht sehr passend gewählte — Form des Vindicationslegates für eine ihrem Wesen nach doch immer vertretbare und verbrauchbare Sache, die, wenn auch als certum corpus bezeichnet, doch nicht in ihrer Individualität fortzubestehen und als solche Spezies das Objekt von dinglichen Rechten zu bilden bestimmt war.

Doch wir haben vielleicht schon zu lange bei der, immerhin noch zweifelhaft bleibenden l. 9 §. 4 cit. verweilt.[101]) Mit Gewißheit ergiebt sich aus ihr wenigstens

101) Der Schlußsatz der l. 9 §. 4 cit. (welcher in l. 1 §. 17 cit. durch Streichungen der Compilatoren gekürzt ist) interessirt uns hier nicht weiter. Wenn der Erbe von dem Vermächtniß nichts gewußt hat, soll dem Legatar mit act. in factum gegen den Usufructuar geholfen werden. Eine gleiche act. in factum findet sich in l. 10 D. de praescr. verb. 19, 5, während in l. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7, 5 von einer gegen den Quasiusufructuar bei versäumter Cautionsstellung möglichen condictio sine causa die Rede ist. Daß letztere auf den Legatar überhaupt nicht Anwendung finden könne, hat Schmid

so viel, daß der Erbe, welcher beim bedingten Vindicationslegat pendente condicione durch seinen Dolus d. h. sein bewußt rechtswidriges Verhalten den Untergang oder Verlust der vermachten Sache herbeiführt, oder überhaupt durch arglistige Verfügungen über dieselbe den Erwerb des vermachten Rechts unmöglich macht,[102]) auf Ersatz mit der act. ad exhibendum in Anspruch genommen werden kann. Daß diese Klage aber nicht ausreichenden Schutz dem Legatar gewährt, liegt auf der Hand. Ganz abgesehen davon, daß sie bei unbeweglichen Sachen unanwendbar ist,[103]) könnte sie doch nur dann zum Ziele führen, wenn dem Erben ein dolus zum Vorwurf gemacht werden kann, wobei es noch fraglich bleibt, ob hier auch arglistiges Nichtsthun und nicht vielmehr bloß positive Verfügungen über die Sache in Betracht kommen. Völlig versagt sie, wenn dem Beklagten (Erben) bloß eine, wenn auch arge Negligenz zur Last fällt. Und schließlich würde mit ihr der Legatar nur im Falle der Zerstörung oder Veräußerung der Sache, nicht aber, wenn sie — selbst in grober Fahrlässig-

a. a. O. I. S. 465 richtig damit erklärt, daß der Erbe in eigenem Namen das Geld gezahlt hat. Er beachtet aber nicht, daß zu Ulpians Zeiten die condictio hier noch keineswegs allgemein anerkannt war. Von einer civilis in factum actio oder act. praescriptis verbis, wie Schmid meint, ist ferner auch nicht die Rede und daran, daß diese an sich dem Erben zuständige Klage in l. 9 §. 4 cit. als utilis actio vermöge fingirter Cession dem Legatar zustehe, kann erst recht nicht gedacht werden. Es handelt sich vielmehr hier wie dort um eine prätorische in factum actio, die für den einzelnen Fall gewährt wird.

102) So z. B. im vorjustinianischen Recht, wenn infolge der Veräußerung die Sache ersessen ist.

103) Demelius a. a. O. S. 62 fg.

keit, ja vorsätzlich und arglistig — durch den Erben beschädigt oder verschlechtert war, durchdringen können.[104])

Da nun eine andere Klage hier nicht auffindbar ist, so muß es die act. ex testamento sein, durch welche der Legatar geschützt wird. Aber nicht etwa aushülfsweise tritt diese Klage ein, sondern sie ist in unserem Falle (auch in dem der l. 9 §. 4 cit.) prinzipiell begründet. Es handelt sich auch beim Vindicationslegat um einen Schadensersatzanspruch, der sich auf die Verletzung der dem Erben durch das Vermächtniß auferlegten obligatorischen Verpflichtung gründet. Das kann auch keinen Widerspruch erfahren, wenn man beachtet, was schon wiederholentlich hervorgehoben ist, daß der Erbe dem Legatar hinsichtlich der vermachten Sache nicht wie ein beliebiger Dritter gegenübersteht, sondern durch den Erbschaftserwerb in ein obligatorisches (quasicontractliches) Verhältniß zu demselben getreten ist, aus welchem die Haftung hervorgeht.

Für das Justinianische Recht ist die ganze Frage von untergeordneter Bedeutung, da die persönliche Klage auch beim Vermächtniß einer Nachlaßsache ohnehin dem Legatar zuständig ist.

IV. Hinsichtlich des Verzuges (mora) kommen i. Allg. beim Vermächtniß die sonst geltenden Grundsätze zur Anwendung.[105])

A. Dies gilt zunächst in betreff der Wirkungen des Verzuges. So hat der Erbe die Gefahr des Unterganges[106])

104) l. 9 pr. §. 3. l. 17 D. ad exhib. 10, 4. l. 7 C. eod. 3, 42. Vgl. Demelius S. 214. Pernice II. S. 257.

105) Vgl. Windscheid Pand. II. §. 276 fg. Brinz, Pand. II. §. 271 fg. Dernburg, Pand. II. §. 40 fg. und die daselbst angegebene Literatur.

106) l. 39 §. 1 D. de legat. I.: — ipsius quoque rei interitum post moram praestare debet, sicut in stipulatione,

und der Verschlechterung der Sache[107]) zu tragen, und haftet für die sonst eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung des Vermächtnisses.[108])

Nur diejenigen in den Quellen erörterten Fälle mögen noch berührt werden, welche dem Zweifel Raum lassen, ob sie auf eigentliche Mora bezogen werden dürfen. Es handelt sich hier immer um einen vermachten Nießbrauch, dessen Leistung vom belasteten Erbe versäumt und später unmöglich geworden ist. Geht die Sache selbst, an welcher der Nießbrauch vermacht ist, unter, so hat der Belastete dem Legatar den Werth des entgangenen Nießbrauches zu ersetzen; und ebenso verhält es sich, wenn, nachdem der Belastete in Verzug gerathen ist, durch den Tod des Legatars die Leistung des Nießbrauches unmöglich wird. In dem einen wie in dem anderen Falle kann der

si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur. l. 36 §. 3 eod. l. 3 C. de usur. et fr. leg. 6, 47. l. 23 D. de V. O. 45, 1. (oben S. 222). Auch wenn die Sache bei rechtzeitiger Leistung untergegangen wäre, da und wenn der Legatar sie vorher hätte verkaufen können. Ulp. l. 47 §. 6 D. de legat. I.: Item si fundus chasmate perierit Labeo ait utique aestimationem non deberi — nämlich weil der Erbe den Untergang nicht verschuldet hat —; quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere. Vgl. Dernburg a. a. O. §. 41 Anm. 2, welcher aber den Ausspruch Ulpians fälschlich dem Labeo in den Mund legt.

107) Afric. l. 108 §. 11 eod. Si servus legatus sit et moram heres fecerit, periculo eius et vivit et deterior fit, ut si debilem forte tradat, nihilo minus teneatur. M. W. die einzige Stelle, welche von einer Verschlechterung der vermachten Sache nach Eintritt der Mora handelt.

108) Vgl. l. 35 pr. D. de legat. III.

Erbe auf den Werthbetrag der dem Legatar bis zum Untergange der Sache bezw. bis zu seinem Tode entzogenen Nutzungen von demselben in Anspruch genommen werden. So entscheidet Julian in l. 36 §. 2 D. de usufr. 7, 1[109]) und eine andere Entscheidung ist auch kaum möglich.

Es fragt sich aber: kann man diese Haftung überhaupt als eine Folge der Mora, also der bloßen verschuldeten Verzögerung der Leistung zu bezeichnen, oder handelt es sich hier nicht vielmehr um eine Ersatzleistung für die völlige Nichterfüllung des Vermächtnisses? Daß hier die Haftung des Schuldners nicht unter den Gesichtspunkt der perpetuatio obligationis fällt, liegt auf der Hand. Er trägt strenge genommen gar nicht das periculum rei beim Untergange der Sache, da er ja nur ein Aequivalent für die, möglicherweise ihm selbst zugefallenen, Nutzungen der Sache bis zu ihrem Untergange und nicht über diese Zeit hinaus zu leisten hat. Er hat also, nachdem er dem Gläubiger Ersatz geleistet, nicht weniger in seinem Vermögen, als er bei sofortiger Erfüllung seine Verbindlichkeit gehabt hätte.[110]) Ganz anders offenbar, wenn die Sache selbst

109) Ususfructus servi Titio legatus est; cum per heredem staret, quominus praestaretur, servus mortuus est: aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit moram factam non esse, ut scilicet ex eo tempore in diem, in quo servus sit mortuus, ususfructus aestimetur. Cui illud quoque consequens esse, ut, si ipse Titius moriatur, similiter ex eo tempore, quo mora sit facta, in diem mortis aestimatio ususfructus heredi eius praestaretur. (African.).

110) Ja möglicherweise sogar mehr, als wenn es bei früherer Einforderung zur Verurtheilung auf den Werth gekommen wäre, wobei der erst später eintretende unvoraussehbare Untergang der Sache oder vorzeitige Tod des

den Gegenstand der Obligation bildete. Sollte hier die Haftung beim Untergange der Sache derjenigen in unserem Falle völlig entsprechen, so müßte man sagen, daß der Interesseanspruch des Gläubigers nur den durch die Nutzung bezw. Nutzbarkeit der Sache bis zu diesem Zeitpunkt zu bestimmenden Werth umfaßte.[111]) Ferner, was die andere Folge der Mora anbetrifft, nämlich die Verpflichtung des Schuldners, die omnis causa rei dem Gläubiger zu leisten, so kann diese hier ebensowenig eintreten.[112]) Gleichwohl

Gläubigers (Bedachten) doch nicht mit in Betracht gezogen werden konnte. So würde der Untergang dem Schuldner, nachdem er in Verzug gerathen, noch zum Vortheil gereichen.

111) Der innere Grund dieser verschiedenen Behandlung beider Fälle ist klar. Der Werth der zu leistenden Sache ist festzustellen nach dem Zeitpunkt des Eintrittes der Mora; der spätere Untergang kann diese Schätzung nicht ändern. (Auch nicht, wenn der Untergang zu bestimmter Zeit von vornherein feststände; denn durch dieses Moment würde ja der allgemeine Sachwerth mit bestimmt werden. Ein praktischer Fall bei den Römern war der, wenn ein statuliber, dem nach Ablauf einer bestimmten Zeit die Freiheit zufallen sollte, den Gegenstand der Leistung bildete.) Der Werth eines zu leistenden oder bestehenden Nießbrauches ist aber ein ungewisser, und seine Feststellung unsicher, da er ein seiner Dauer nach begrenztes und zugleich vorläufig ungewisses, dazu noch unveräußerliches Recht ist. Bestimmtheit erlangt der Werth des Nießbrauches immer erst mit seinem Untergange bezw. in dem Zeitpunkt, wo seine Leistung unmöglich wird. — Vgl. auch Mommsen, Beiträge III. S. 193 fg.

112) — neque enim ususfructus rursus fructus eleganter computabitur l. 19 pr. D. de usur. 22, 1. Cujacius tract. V. ad African. in h. l. findet in der Entscheidung eine bloße Anwendung der Regel, daß bei Vermächtnissen

erweist sich die Mora von praktischer Bedeutung darin, daß ohne eine solche der Belastete durch den zufälligen Untergang der Sache oder den Tod des Bedachten völlig befreit wird, mithin auch den Werth der von ihm selbst gezogenen Nutzungen der Sache behält, und daß ferner die aestimatio usufructus nur die Zeit vom Eintritt des Verzuges an begreift.[113])

Wenn nun in diesem Falle die Verpflichtung des Belasteten zur Leistung der aestimatio usufructus an die Voraussetzung einer eingetretenen Mora geknüpft wird, so wäre es mindestens inconsequent eine wahre Mora nicht anzuerkennen,[114]) wenn der Nießbrauch für einen bestimmten Zeitraum vermacht ist. Dies findet seine Bestätigung in l. 6 D. de usufr. leg. 33, 2:

> Pomponius l. XV. ad Sabin. — Si ususfructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit et per heredem steterit, quominus eum mihi daret, praeterito biennio nihilo minus tenetur (quemadmodum teneretur si res legata in rerum natura esse desiisset, quam quis deberet moratusque esset in ea danda), ut peti quidem iam ususfructus qui legatus sit non possit, quia alius futurus sit quam qui legatus fuerit, sed aestimatio eius bima damtaxat facienda sit.

ex mora fructus et usurae gefordert werden können. Diese Verwechselung der hier den Gegenstand der Vermächtnißforderung bildenden fructus (aestimatio usufructus) und der fructus als Erweiterung des Hauptgegenstandes (omnis causa) ist um so auffallender, als er selbst ihn in tract. VII. ad l. 37 cit. richtig hervorhebt.

113) Ein ähnlicher Fall wäre, wenn der Erbe mit der Abtretung (Ueberlassung der Ausübung) eines ihm selbst zuständigen Nießbrauches belastet ist.

114) Wie es Mommsen a. a. O. §. 4. Anm. 7. 8. thut.

Der Nießbrauch ist hier auf einen Zeitraum von zwei Jahren von des Erblassers Tode an vermacht.[115]) Der Erbe hat die Leistung verzögert und inzwischen läuft der Zeitraum ab. Der Nießbrauch selbst soll nicht mehr eingefordert werden können, denn seine erst jetzt erfolgende Begründung würde dem Vermächtniß nicht entsprechen, nach welchem die Sache nur zwei Jahre lang mit dem Nießbrauch belastet sein sollte. Aber der Legatar kann den für die abgelaufene Zeit zu schätzenden Werth des Nießbrauches, also den ihm entgangenen zweijährigen Ertrag der Sache verlangen.[116]) Daß auch diese Stelle von einer „wahren" Mora handelt, ist offensichtlich; würde mithin der Erbe erst nach einem Jahre in Verzug gesetzt sein, so brauchte er auch nur die annua aestimatio ususfructus zu leisten.[117]) Ausgeschlossen ist damit natürlich nicht, daß

115) Vgl. Paul. sent. III. 6. §. 33.

116) Sehr präcis drückt sich der Jurist nicht aus, wenn er sagt: peti quidem ususfr. non possit, sed aestimatio etc. Was er im Sinne hat, ist jedoch klar. Die Klage ist hier die actio incerti ex testamento. Auf dasselbe hinaus kommt die Entscheidung, welche Julian l. 37 D. de usufr. 7, 1. in dem gleichen Falle bei einer Stipulation des Ususfructus in annos decem proximos giebt („eius temporis usumfructum recte peti, quod per te transactum est quominus daretur"); nur die Formulirung ist eine andere.

117) Dem gegenüber darf man sich nicht berufen auf die Entscheidungen von Papinian und von Scävola in l. 10 §. 1. l. 18 §. 1 D. de alim. leg. 34, 1, wonach auch abgesehen von jeder Mora vermachte Alimente und Jahrgelder der bereits abgelaufenen Zeit nachgefordert werden können. Denn die Bestellung des Nießbrauches ist infolge des Unterganges der Sache, des Todes des Legatars, des Ablaufes der für seine Dauer festgesetzten Zeit unmöglich geworden und es kann sich nur um eine Er-

auch abgesehen von irgend welcher Mora der Belastete hier in Anspruch genommen werden kann, wenn er die Nichterfüllung des Vermächtnisses verschuldet hat und dieses hiedurch hinfällig geworden ist. So braucht an eigentliche Mora nicht gedacht zu werden in l. 48 D. de usur. 22, 1, welche ebenfalls von der Vereitelung eines Nießbrauchsvermächtnisses handelt und daher in diesem Zusammenhange berührt werden mag.

Scaevola l. 22. Digest.. Maritus uxori suae usumfructum tertiae partis et, cum liberos habuisset, proprietatem legavit; eam uxorem heredes falsi testamenti et aliorum criminum accusaverunt, qua re impedita est legatorum petitio; interea et filius ei mulieri natus est eoque condicio legati exstitit. Quaesitum est, cum testamentum falsum non esse apparuerit, an fructus etiam mulieri praestari debeant? Respondit praestandos.

Der Bestimmung der lex Papia Poppaea gemäß[118])

satzleistung handeln. Anders würde es sich verhalten, wenn die fructus als solche (der Ertrag) und nicht der ususfructus den Gegenstand des Vermächtnisses bildeten: dann müßte allerdings der Satz Papinians „tunc explorari moram oportet, cum de usuris fideicommissi quaeritur, non de ipsis fideicommissis“ Anwendung finden.

118) Ulpian. XV. §. 3. Praeter decimam etiam usumfructum tertiae partis bonorum capere possunt, et quandoque liberos habuerint, eiusdem partis proprietatem. Auch sonst begegnet uns dieser ususfr. tertiae partis in den Quellen, so l. 10 D. de praescr. verb. 19, 5. l. 43 D. de usufr. leg. 33, 2. vgl. l. 32 §. 8 eod. l. 42 §. 1 D. de usufr. 7. 1. l. 26 §. 2 de legat. I. l. 51 §. 1 eod. II. Vgl. Schulting, iurispr. anteiust. in not. ad Ulp. l. c. Cujacius, observ. l. X. c. 17. Noodt

ist der Ehefrau am dritten Theile des Vermögens der Nießbrauch und für den Fall, daß sie Kinder bekäme, die Proprietät vermacht. Die Erben erheben gegen die Ehefrau Anklage wegen Testamentsfälschung,[119]) und die Klage aus dem Vermächtniß kann daher nicht angestellt werden. Inzwischen hat die Ehefrau ein Kind geboren, und die Anklage wird dann verworfen. Der Jurist entscheidet, daß die Frau auch die ihr entgangenen Früchte beanspruchen könne. Mit der Geburt des Kindes ist der Frau das Vermächtniß der proprietas an der Quote des Vermögens zugefallen, und man könnte nun die Frage aufwerfen, an welcherlei fructus hier zu denken sei. Offenbar hat der Jurist so nicht unterschieden; die Frau kann außer Herausgabe der hinterlassenen Vermögensquote noch den ihr ent-

de usufr. I. c. 23. Observ. II. c. 12. Heineccius comm. ad l. Jul. et Pap. p. 202. Mühlenbruch in dem Commt. Th. 39. S. 162 fg. Völlig klar ist übrigens die Vorschrift hinsichtlich der proprietas tertiae partis keineswegs.

119) Wenn man annehmen will, daß die Erben das Testament im Ganzen als gefälscht angegriffen haben, so muß man, da für sie Indignität eintritt (vgl. Keller, Institutionen S. 394), die Entscheidung auf die Verpflichtung des Fiskus zur Entrichtung des Vermächtnisses beziehen. Damit kämen wir aber arg ins Gedränge. Denn hätten die Erben ab intestato angetreten, so könnten sie später nicht mehr ihr testamentarisches Erbrecht geltend machen. Würden sie aber mit dem Erbschafsantritt bis zur Entscheidung des Criminalprozesses über die Aechtheit des Testamentes gewartet haben, so wäre doch auch das Vermächtniß des Ususfructus nicht früher der Frau erworben und die Entscheidung des Juristen müßte anders ausfallen. Es ist somit vorauszusetzen, daß sich die accusatio falsi testamenti nur auf die Verfügung zu Gunsten der Ehefrau bezog.

gangenen Ertrag derselben verlangen und zwar den gesammten Ertrag vom Augenblicke der früheren Einforderung bezw. der Erhebung der accusatio falsi testamenti an. Es wäre völlig verkehrt, unter den zu prästirenden fructus den Fruchtertrag der tertia pars bonorum von dem Zeitpunkt an, wo die Erben als mit der Einräumung der proprietas in Verzug befindlich angesehen werden müßten, zu verstehen.[120]) Denn wenn die Herausgabe der Vermögensquote zum Nießbrauch rechtzeitig erfolgt wäre, so hätte die Legatarin doch bis jetzt die Früchte bezogen, gleichviel ob die Bedingung eintrat oder nicht; nur daß im ersteren Falle das Eigenthum an die Stelle des Nießbrauches getreten sein würde.[121]) Will man überhaupt hinsichtlich der Früchte unterscheiden, so müßte man sagen: was die Zeit bis zum Anfall des Vermächtnisses der proprietas, also bis zu der Geburt des Kindes anbetrifft, so hat die Legatarin Anspruch auf Ersatz des Werthes des ihr entgangenen Nießbrauches (aestimatio ususfructus), der sich eben in dem Fruchtertrag darstellt; hinsichtlich der späteren Zeit handelt es sich um die Früchte, welche ihr auf Grund des Vermächtnisses der Proprietät gebühren. Aber diese Unterscheidung macht Scävola nicht und sie hätte auch praktisch keinen Werth. Eine andere Frage ist es, welche Bedenken dem Verlangen der Legatarin entgegenstanden, oder worauf die Erben ihre

120) Mit Berufung auf l. 23 D. de legat. I. vgl. l. 89 §. 1 D. ad l. Falc. 35, 2.

121) Wäre ein quasi ususfructus an der aestimatio tertiae partis eingeräumt, so würde jetzt die unter der Bedingung „si liberos non habebit“ eingegangene cautio quasi usufructuaria hinfällig werden. Beim eigentlichen Nießbrauch an partes rerum verwandelt sich nunmehr der Nießbrauch in Eigenthum, wenn ein Vindicationslegat vorliegt; sonst bedürfte es der Eigenthumsübertragung nöthigenfalls durch Mancipationen.

Weigerung hinsichtlich der Restitution der Früchte stützen mochten. Wahrscheinlich machten sie geltend, daß bis zur Entscheidung über die Aechtheit der testamentarischen Verfügung die Existenz des Vermächtnisses selbst ungewiß sei, und ihnen somit die Leistung desselben nicht zugemuthet werden könne. Wenn nun mittlerweile durch den Eintritt der Bedingung das Vermächtniß des Nießbrauches hinfällig geworden sei, so könnten sie dafür nicht verantwortlich gemacht werden, da eine Mora ihnen nicht zur Last falle. Die Widerlegung dieser Einwendung ergiebt sich aus den früheren Ausführungen von selbst.

Auch darin steht die Vermächtnißforderung anderen Forderungen gleich, daß der Belastete infolge seiner Mora verpflichtet ist, dem Legatar Früchte und allen Gewinn, den derselbe von dem Vermächtnißgegenstande bei rechtzeitiger Leistung gezogen hätte, zu ersetzen.[122])

Uebrigens muß man wohl beachten, daß nicht bloß beim Damnations-, sondern auch beim Vindicationslegat eine eigentliche Mora mit ihren Rechtsfolgen eintreten kann. Mag man auch immerhin die Möglichkeit einer durch Abforderung der Sache zu begründenden Mora des unredlichen Besitzers gegenüber dem Eigenthümer verwerfen, so wird dadurch die Annahme einer Mora des mit dem Vermächtniß beschwerten Erben nicht ausgeschlossen. Denn obwohl der Legatar hier Eigenthümer der im Besitze des Erben befindlichen Sache ist, so besteht doch ein obligatorisches Verhältniß zwischen beiden. Die Leistung, durch

122) Davon ist in §. 1526. i. besonders zu handeln. Vgl. vorläufig Paul. l. 26 D. de legat. III. Is qui fideicommissum debet post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo adfectus est fideicommissarius, praestare cogitur. l. 39 §. 1 eod. I. l. 35 pr. eod. III.

deren rechtswidrige Verzögerung die Mora des Erben begründet wird, ist hier eben die Herausgabe der Sache, zu welcher er ja auch verpflichtet wäre, wenn sie dem Legatar nicht gehörte. So wird denn auch im justinianischen Recht der Erbe durch die Mahnung des Vermächtnißnehmers nicht etwa bloß für den Fall in Mora versetzt, daß letzterer später mit der persönlichen Klage das Vermächtniß der Erbschaftssache einfordert.

B. Hinsichtlich der Begründung der Mora gelten die allgemeinen Grundsätze. Es ist also regelmäßig eine an den Belasteten gerichtete Aufforderung zur Leistung (Interpellation) und bezw. Bereiterklärung zur Annahme erforderlich. So sagt Paulus sent. III. 8 §. 4 gerade mit Beziehung auf Vermächtnisse: mora fieri videtur, cum postulanti non datur.[123]) Nur folgende Punkte bedürfen noch einer Erwägung.

1. Bekanntlich braucht der mit dem Vermächniß einer fremden Sache Beschwerte nur den wirklichen Werth derselben zu leisten, wenn dieselbe gar nicht oder nur zu einem unverhältnißmäßigen Preise zu erwerben ist. (S. 61 fg.) Es fragt sich nun: wann geräth er hier in Verzug? Jedenfalls nicht schon mit der Aufforderung zur Leistung, was ganz klar ist, wenn er noch in Verhandlung mit dem Eigenthümer in betreff des Verkaufes der Sache stand; brauchte er doch in eine solche Verhandlung überhaupt erst einzutreten, nachdem ihm die Erklärung des Bedachten, das Vermächtniß anzunehmen, kund geworden ist. Andererseits wird die Mora nicht erst dann beginnen, wenn er nach dem Erwerbe der Sache der Aufforderung nicht nachgekommen ist; und am allerwenigsten wird man eine erst nach

123) Vgl. l. 36 §. 3 D. de legat. I. l. 23 D. de V. O. 45, 1.

dem Erwerbe erfolgende Mahnung zur Begründung der Mora fordern können. Vielmehr kann darüber kein Zweifel bestehen, daß der Eintritt der Mora dann anzunehmen ist, wenn er nach erfolgter Anforderung so viel Zeit hat verstreichen lassen, als zum Ankauf der Sache und zur demnächst folgenden Leistung derselben erforderlich war. Demgemäß trägt er jetzt auch die Gefahr des Unterganges[124]) und der Verschlechterung der Sache und haftet dem Legatar auf das volle Interesse. Ist mithin der Werth der Sache gestiegen, so kann der Bedachte den gegenwärtigen höheren Werth beanspruchen.[125]) Ebenso ist der Erbe verpflichtet, die Früchte und sonstigen Gewinn, welchen der Vermächtnißnehmer von der Sache gezogen hätte (z. B. auch partus ancillae und Sklavenerwerb), zu ersetzen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Sache zur Zeit der Klagerhebung noch verkäuflich ist oder nicht; wenn sie eben nur früher, nachdem der Belastete zur Entrichtung des Vermächtnisses aufgefordert war, zu einem angemessenen Preise ohne Schwierigkeit hätte angeschafft werden können.[126])

Wie nun aber wenn die vermachte fremde Sache unverkäuflich oder nur zu einem unverhältnißmäßig hohen Preise zu erwerben war?[127]) Einfach wäre es, wenn dem

124) l. 22 §. 2 D. de legat. III. l. 92 pr. D. de solut. 46, 3.

125) Die Werthsteigerung der Sache kommt natürlich dann nicht in Betracht, wenn sie auch bei rechtzeitiger Leistung dem Vermächtnißnehmer nicht zugefallen wäre; so z. B. wenn auf dem vermachten Grundstücke der Besitzer mittlerweile einen Palast gebaut hat.

126) l. 30 §. 6 D. de legat. III. setzt nicht eine Mora voraus.

127) Es kommt darauf an, ob der Vermächtnißgegenstand zur Zeit der Anforderung zu erwerben war, nicht ob er zur Zeit der Klageerhebung zu einem angemessenen Preise zu

Onerirten die alternative Verpflichtung obläge, die Sache oder deren Geldwerth zu leisten. Daß es sich aber so nicht verhält, haben wir früher gesehen, und es wird dies aufs klarste dadurch bestätigt, daß beim zufälligen Untergange der vermachten Sache der Onerirte völlig befreit wird (S. 111), wobei es selbstverständlich keinen Unterschied machen kann, ob die Sache zu einem angemessenen Preise erworben werden konnte oder nicht. So möchte es denn scheinen, als ob er nie in Mora kommen könnte: mit der Leistung der vermachten fremden Sache nicht, weil ihm deren Erwerbung nicht zugemuthet werden kann; mit der Leistung der aestimatio nicht, weil diese nicht den Gegenstand der Forderung bildet. Und doch ist dies ein offensichtlicher Fehlschluß. Nämlich verpflichtet ist der Belastete, die Sache zu leisten, nur kann er sich mit der Leistung des Werthes derselben abfinden. Diese Verpflichtung wird allerdings aufgehoben durch den zufälligen Untergang der Sache. Sie bleibt aber trotz des Unterganges bestehen, wenn an den Belasteten die Aufforderung zur Leistung ergangen war; nur daß er nach wie vor sich durch Zahlung des Geldwerthes befreien kann. M. a. W. durch die Mahnung wird hier der mit dem Vermächtnisse Beschwerte in Mora versetzt, wenn er nicht die aestimatio zahlt.[128])

erwerben ist. Angenommen, die Sache war damals 1000 werth und der Eigenthümer forderte 1500; gegenwärtig hat sie einen Werth von 2000 und der Eigenthümer verlangt einen entsprechenden Preis. Wenn nun der Vermächtnißnehmer auf Entrichtung des Vermächtnisses klagt, wird die richterliche aestimatio, welche der Belastete zu leisten hat, doch immer nach dem früheren Zeitpunkt erfolgen, also auf 1000 festgesetzt werden müssen.

128) Allenfalls könnte man auch sagen, daß mit der Einforderung des Vermächtnisses an Stelle der bisherigen fa-

2. Ist das Vermächtniß ein befristetes, so wird die Mora nicht, wie es sonst gemeinrechtlich der Fall ist,[129]) schon mit Eintritt des dies begründet, sondern es bedarf auch hier der Aufforderung zur Leistung. Daß der Grundsatz „dies interpellat pro homine" für befristete Vermächtnisse keine Geltung hat, ist auch schon von Anderen erkannt worden.[130]) Er kann deshalb hier keine Anwendung finden, weil — mag auch immerhin das Vermächtniß von selbst erworben werden und so auch die Forderung für den Vermächtnißnehmer ohne sein Zuthun entstehen — es noch ungewiß ist, ob der Bedachte das Vermächtniß annehmen, also überhaupt Gläubiger sein wolle. Also jedenfalls wäre die Begründung der Mora ganz ausgeschlossen, wenn der Vermächtnißnehmer nicht wenigstens eine Annahmeerklärung dem Beschwerten ausspricht. Man darf dagegen nicht einwenden, daß der Beschwerte das Vermächtniß als

cultas alternativa die Verpflichtung entsteht, entweder die Sache oder deren Werth zu leisten.

129) Vgl. Windscheid, Pand. II. §. 278, Vangerow, Pand. III. §. 588. Anm. 2., Mommsen, S. 98 fg.

130) Mommsen S. 116. Hoffmann in d. Zeitschr. f. Civil.R. u. Proz. N. F. I. S. 102. Anm. 1. Uebrigens ist diese Meinung schon früher von zwei angesehenen und in der Praxis einflußreichen Juristen vertreten worden. So von A. Faber, cod. defin. for. lib. VII. tit. 26. def. 10, welcher sie folgendermaßen begründet: „Nec potest in legatis dies interpellare pro homine, sicut nec facere, ut legatum citra agnitionem legatario irrevocabiliter adquisitum videatur: prius enim est, ut legatarius velit legatum agnoscere, quam ut heres sit in mora solvendi. — Non potest fieri, ut eodem instanti nascatur petitio et mora contrahatur." Ihm schließt sich vollständig an Carpzov, Defin. for. p. II. const. 30. def. 21.

angenommen ansehen müsse, wenn keine Ablehnung erklärt wird; denn da die Ablehnung, bevor die Annahme ausgesprochen ist, doch noch jederzeit erfolgen kann, so wird ein sicheres Bewußtsein des Beschwerten, leisten zu müssen, immer erst durch die Annahmeerklärung begründet. Von da an könnte nun die durch das befristete Vermächtniß begründete Obligation nach den Regeln beurtheilt werden, welche für Schuldverhältnisse mit bestimmtem Leistungstermin überhaupt gelten. Wenn wir nun aber nach der Absicht des Erblassers fragen, so kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der dies einzig zum Vortheil des Beschwerten hinzugefügt ist, in dem Sinne, daß das Vermächtniß nicht früher solle eingefordert werden, damit er in der Zwischenzeit den Gegenstand nützen könne.[131]) Durch die Befristung sollte die gemachte Zuwendung in ihrem Werthe gemindert, nicht aber der Anspruch des Legatars und die Haftung des Beschwerten in der Weise gesteigert werden, daß letzterer spätestens an dem bestimmten Tage die Leistung unaufgefordert zu machen habe.[132])

C. Eine Verzögerung der Erfüllung des Vermächt-

131) Allerdings kann die Befristung auch in dem alleinigen Interesse des Legatars hinzugefügt sein in dem Sinne, daß die Leistung des Vermächtnisses nicht vor dem gesetzten Termine erfolgen dürfe. Dieser Fall hat aber mit der Mora insofern nichts zu schaffen, als hier die von der Sache gezogenen Früchte schon ohnehin restituirt werden müssen. Davon im §. 1526. i.

132) Die neueren Gesetzgebungen, und auch der Entwurf d. bürgerl. Gesetzb., statuiren beim Vermächtniß keine Ausnahme von dem Satze „dies interpellat pro homine." Nach dem preußischen Allg. LR. I. 12 §. 309 treten für den Erben die Folgen des Verzuges schon ein, wenn er über die gesetzmäßige Frist mit der Verabfolgung des Legates ohne Grund zögert.

nisses kann durch den Erben auch mittelbar bewirkt werden, indem die Verspätung des Erwerbes des Vermächtnisses durch sein Verhalten herbeigeführt wird. Der Eintritt der Mora setzt Einforderung des Vermächtnisses voraus, diese kann aber nicht erfolgen, bevor dasselbe erworben ist. Die Quellen behandeln nun zwei, freilich verschieden geartete Fälle, in welchen der Erwerb des Vermächtnisses durch den Erben hingehalten wird.

So zunächst wenn er den Antritt der Erbschaft arglistigerweise verzögert, d. h. in der Absicht das Vermächtniß zu schmälern, und um so selbst Früchte, Erträgnisse und Zuwachs der vermachten Sache zu gewinnen. Es handelt sich etwa um eine reiche Erndte von dem vermachten Grundstück, oder der Anfall einer dem vermachten Sklaven hinterlassenen Erbschaft steht zu erwarten u. dgl. m.[133]) Wenn man erwägt, daß dem Legatar im römischen Recht kein Rechtsmittel zur Seite steht, durch welches er den Delaten zur baldigen Erklärung über die Annahme der Erbschaft drängen könnte,[134]) so scheint es, daß

133) Hiebei wäre in erster Reihe an ein Damnationslegat, oder im justinianischen Recht an das Vermächtniß einer dem Erben gehörigen Sache zu denken. Aber nicht anders verhält es sich beim Vindicationslegat (und beim Vermächtniß einer Erbschaftssache), insofern der Ertrag oder Gewinn von derselben der ruhenden Erbschaft zufällt.

134) Auf die bestrittene Frage, ob der Legatar den Berufenen zu jener Erklärung nöthigen könne, ist hier nicht näher einzugehen; vgl. darüber Windscheid, Pand. III. §. 598 und die dort Angeführten, insbesondere Dedekind, Deliberationsrecht des Erben §. 6 und Demelius, die confessio S. 295 fg. Handelt es sich bei der interrogatio in iure an heres sit darum, eine Auskunft darüber zu erhalten, ob für den geltend zu machenden Anspruch

man in einem solchen Falle dem Vermächtnißnehmer einen Anspruch auf die ihm infolge der Zögerung des Erben entgangenen Früchte und Nutzungen nicht wird versagen können. Fraglich aber bleibt es, ob das römische Recht eine solche Verpflichtung des Erben in vollem Umfange grundsätzlich anerkannt hat. Keinen zwingenden Beweis für diese Annahme liefert l. 35 pr. D. de usufr. 7, 1.

Julianus l. I. ad Urseium Ferocem. — Si ususfructus legatus est, sed heres scriptus ob hoc tardius adiit, ut tardius ad legatum perveniretur, hoc quoque praestabitur, ut Sabino placuit.

der Befragte der rechte Beklagte sei, so wird ein solches Fragerecht doch immer nur demjenigen zustehen können, der gegenwärtig überhaupt schon einen klagbaren Anspruch hat, aber nicht dem, welcher einen solchen erst durch die Erbschaftsantretung erwerben würde, wie dem Legatar; denn dieser würde sich ja durch die verlangte Erklärung vielmehr Gewißheit darüber verschaffen wollen, ob ihm ein Vermächtnißanspruch überhaupt zuständig sei. Mit diesem Fragerecht fällt aber von selbst die indirekte Nöthigung des Erben zur Erklärung über die Annahme der Erbschaft weg. Darauf, daß auch schon vor Antritt der Erbschaft vom (freilich deliberirenden) Erben die cautio legatorum verlangt werden und eventuell missio in possessionem erfolgen kann (l. 1 §. 4 cfr. l. 2 D. ut in poss. leg. 36, 4, vgl. auch Dedekind a. a. O. S. 35 fg., Kniep de caut. leg. Rost. 1872. p. 4, Brinz Pand. III. S. 419. Anm. 6), darf man sich nicht berufen. Uebrigens würde auch die cautio legatorum den Legatar gegen die nachtheiligen Folgen eines verspäteten Erbschaftsantrittes nicht sichern. Durch die justinianische Umbildung des Deliberationsrechtes und das beneficium inventarii ist zwar die Gefahr einer Verzögerung des Antrittes der Erbschaft für den Legatar erheblich gemindert aber nicht völlig beseitigt worden.

Klar ist die gebilligte Meinung des Sabinus, daß dem Legatar Ersatz geleistet werden müsse für die ihm infolge der Verzögerung des Erschaftsantrittes entzogenen Nutzungen. Indessen es handelt sich hier um das Vermächtniß eines Nießbrauches, bei welchem die Früchte selbst als Gegenstand des Vermächtnisses angesehen werden können. Diese haben die Erbschaft vermehrt, während sie bei rechtzeitigem Antritt dem Legatar zugefallen wären oder von ihm hätten herausverlangt werden können. Noch genauer es handelt es sich um die Leistung der aestimatio des dem Legatar infolge des arglistigen Verhaltens des Erben entgangenen Usufructus. (Vgl. oben S. 289 fg.) Die Entscheidung würde nicht anders ausfallen, wenn durch jene Verzögerung der Anfall des Vermächtnisses vereitelt und seine Erfüllung unmöglich gemacht wäre. So wenn der Legatar inzwischen verstarb, oder wenn der Nießbrauch für einen bestimmten Zeitraum nach dem Tode des Erblassers oder bis zur Erreichung eines gewissen Alters oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses w. z. B. der Verheirathung, der Erlangung eines Amtes u. s. w. hinterlassen war und dieser Zeitraum inzwischen ablief. Auch hier würde der Erbe des Legatars die aestimatio usufructus beanspruchen können.[135])

Wesentlich anders liegt die Sache bei der uns beschäftigenden Frage; denn da handelt es sich nicht, wie beim

135) Darauf, daß beim Vindicationslegat des Usufructus hier gleichfalls act. ex testamento platzgreift, mag auch hier hingewiesen werden. — Uebrigens ist es selbstverständlich, daß es beim Vermächtniß einer vom Tode des Erblassers an laufenden Rente, Alimentenleistung u. dgl. auf den Zeitpunkt der Erbschaftsantretung gar nicht ankommen kann, vorausgesetzt nur daß der Bedachte den Anfall des Vermächtnisses erlebt. Vgl. Anm. 117.

Nießbrauchsvermächtniß, um den dem Erben verbliebenen Gegenstand oder wenigstens den Werthbetrag des Vermächtnisses selber, sondern es kommen die Früchte und der sonstige Gewinn nur als Nebenleistung in Betracht, zu welcher der Erbe sonst bloß im Falle der Mora verpflichtet wäre. Will man nun hier eine Haftung des Erben annehmen, so darf man sie nicht, wie die Neueren es thun, auf eine „mora in adeunda hereditate“ gründen. Man wird vielmehr aus der Entscheidung hinsichtlich des Nießbrauchsvermächtnisses nur den Grundsatz entnehmen können, daß dem Erben aus seiner arglistigen Verzögerung des Erbschaftsantrittes kein Vortheil auf Kosten des Legatars erwachsen dürfe und daß er daher verpflichtet sei, letzterem das selbst gewonnene commodum von der vermachten Sache zu ersetzen. Grund der Ersatzpflicht wäre somit nicht die Mora, sondern der Dolus des Erben, und das Maß derselben seine eigene Bereicherung. Auch hier könnte man sagen „per heredem stat quominus solvat“; aber man muß sich hüten, aus dieser Formel Rechtssätze abzuleiten. So wäre es ganz verkehrt, dem Erben, welcher die Antretung der Erbschaft arglistig verzögert, auch die Haftung für den zufälligen Untergang der vermachten Sache aufzubürden.

In dem anderen Falle einer durch den Erben verschuldeten Verzögerung des Vermächtnißerwerbes handelt es sich um ein Vermächtniß, das einem fideicommissarisch freigelassenen Sklaven ausgesetzt ist. Doch müssen wir hier, um zu einer richtigen Auffassung der darauf bezüglichen Entscheidung der Quellen zu gelangen, etwas weiter ausholen.

Dem Sklaven, welchem der Erblasser durch Fideicommiß die Freiheit zugedacht hatte, war bekanntlich durch eine Reihe von Senatsschlüssen der Weg zur Freiheit eröffnet, wenn die Manumission durch den Beschwerten nicht

erfolgte.[136]) Was nun die Kinder anbetrifft, welche eine mit dem fideicommissum libertatis bedachte Sklavin vor Erlangung der Freiheit geboren hatte, so war durch mehrere kaiserliche Constitutionen (insbesondere von Antoninus Pius, Marcus und Verus und Caracalla) anerkannt worden, daß diesen die Freiheit nicht vorenthalten werden könne, gleichviel, wodurch sich die Freilassung der Mutter verzögerte. Und zwar sollte, wenn der mit Manumission beauftragte Erbe sich einer „mora“ schuldig gemacht hatte, das Kind als ingenuus geboren werden,[137]) während in dem Falle einer „fortuita mora“, also wenn denselben keine Schuld an der Verspätung der Freilassung traf, das Kind der freigewordenen Mutter selbst behufs Freilassung übergeben werden sollte, wodurch dem Freilasser der Mutter ein eventuelles Erbrecht gesichert wurde.[138])

136) Vgl. z. B. Danz, Lehrb. d. Gesch. d. röm. R. I. S. 192. Zimmern, Gesch. d. röm. Privatr. I. §. 203. 204; über die besondere im nachfolgenden erörterte Frage auch Mommsen S. 129 fg.

137) Ulp. l. 1 §. 1 D. de suis. 38, 16 — si ex ea quae in fideicommissa libertate moram passa est, conceptus et natus sit, . . cum placeat eum ingenuum nasci, ut est a divo Marco et Vero et imperatore nostro Antonino Augusto rescriptum. Marcian. l. 53 pr. D. de fid. lib. 40, 5. Si quis rogatus ancillam manumittere moram fecerit, si interea enixa fuerit, constitutum est huiusmodi partum liberum nasci et quidem ingenuum. vgl. l. 1 §. 3 D. ad SC. Tertull. 38, 17. Just. l. 6 C. ad SC. Orph. 6, 57 — esse quidem ingenuum puerum vel puellam, qui post moram nati sunt, omnes veteris iuris auctores consentiunt.

138) Ulp. l. 26 §. 3. 4 D. de fid. lib. 40, 5. Modest. l. 13 eod. Si praegnas ancilla moram non studio manumissoris, sed fortuito patiatur, ne manumitteretur, liberum quidem non pariet, sed cogetur qui manumittere de-

Es fragt sich nur, was für eine Bewandniß es im ersten Falle mit der Mora habe. Ist darunter eine jede dem Erben zur Last zu legende Verspätung, oder bloß eine nach der bereits von Seiten der Sklavin ergangenen Interpellation stattgefundene Verzögerung der Manumission, also eine Mora im eigentlichen Sinne zu verstehen? Darüber konnte freilich kein Zweifel obwalten, daß der Erbe nicht so lange zu warten habe, bis der Sklave die Freilassung verlange, sondern sofort aus freien Stücken die Manumission vollziehen müsse, da die Geltendmachung des fideicommissum libertatis von dem Honorirten wegen seiner Stellung zum Erben als seinem Herrn häufig nicht gewagt oder auch aus Rechtsunkenntniß versäumt werde, was bei einer Sklavin noch in höherem Maße zutrifft. Andererseits aber konnte der Sklavin doch auch nicht die Freiheit aufgedrungen werden und so lange sie die Freilassung nicht gefordert hatte, mußten so auch ihre Kinder als Sklaven geboren werden, denen freilich der Anspruch auf Freilassung (sei es durch die Mutter, nachdem diese selbst frei geworden, oder sei es durch den Herrn) nicht verkümmert werden durfte. In diesem Sinne ergingen auch Reskripte von Alexander Severus.[139]) Und in voller Uebereinstimmung damit, entscheidet sich Ulpian dafür,

buit natum matri tradere, ut per eam perveniat ad libertatem.

139) l. 3. 4 C. de fid. lib. 7, 4. — his succursum est, qui post moram praestandae libertatis progeniti sunt, ut liberi et ingenui viderentur. — sed si numquam ab ea libertas petita est, sibimet imputare debet, cum interea ex ea progeniti servi sint. — Weiter ging noch Justinian, indem er bestimmte, daß bei einer Mora des Erben der Sklave sofort für frei erklärt werden und als libertus orcinus gelten sollte l. 15 C. eod.

daß nur bei einer wirklichen Mora des Erben („ex die quo libertas petita est,“ „ex quo mora libertati facta est“) die Kinder der Sklavin als ingenui geboren werden, daß sie sonst aber („ex quo peti libertas potuit, quamvis non sit petita“) der Mutter behufs Freilassung übergeben werden müßten, indem er nur hinsichtlich der minderjährigen Sklavin eine Ausnahme macht.[140]) Dagegen vertritt Marcianus die Ansicht, daß überhaupt dann, wenn die Verzögerung der Freilassung am Erben liegt, das Sklavenkind als ingenuus zur Welt komme.[141])

140) l. 26 §. 1 D. de fid. lib. 40, 5. Sehr folgerichtig ist seine Deduktion nicht zu nennen. Man sollte nach dem Anfange derselben, wo betont wird, daß in re mora vorhanden sei, und die Versäumniß der Geltendmachung des Freiheitsvermächtnisses aus den bei einem solchen obwaltenden Umständen erklärt wird, vielmehr erwarten, daß Ulpian zu dem Schlusse komme, daß das von der Sklavin geborene Kind ingenuus sei. Statt dessen statuirt er die mora ex re nur bei der Minderjährigen. Die ganze Auseinandersetzung macht den Eindruck, als ob Ulpian noch schwankend und unentschieden war, als er sie niederschrieb.

141) Dabei beruft er sich auf Constitutionen, die von den anderen gleichzeitigen Juristen nicht erwähnt werden. Dieser Umstand, sowie die Art und Weise, wie Marcian dieser Constitutionen Erwähnung thut („sed sunt constitutiones, quibus cavetur . . et hoc magis est sine dubio sequendum, quatenus . .“) macht die Stelle allerdings einer Interpolation verdächtig. Eine solche wird auch von Ramos del Manzano in Meermanni Thes. VII. p. 42 „ex iuris ratione et verborum novitate“ mit Rücksicht auf l. 15 C. cit. angenommen. Aber andererseits wäre es auffallend, daß die Compilatoren gerade die Hauptstelle l. 26 §. 1 cit. unbeanstandet aufgenommen haben. Auch scheint Modestinus in l. 13 cit. (Anm. 138) — „non studio manumissoris“ —

Die Frage nun, wie es sich verhalte, wenn der Erblasser dem von ihm fideicommissarisch freigelassenen Sklaven zugleich etwas vermacht hat, erörtert Paulus im 21. Buche seiner Quästionen.

l. 84 D. de legat. II. Si quis servo suo fideicommissam libertatem reliquit et aliud quid adscripsit, quidam dicunt, quia placebat ab herede eum manumitti debere, futurum esse, ut non admittatur ad fideicommissum. Sed hoc iniquum est: in huiusmodi enim persona utriusque quodammodo dies cessit et libertatis et pecuniae petendae, adeo ut putem, si mora fiat praestandae libertati etiam fideicommisso moram videri factam et usurarum onus accedere; nam et cetera [praeterea?] quae medio tempore adquisiit domino, dum moratur praestare libertatem, eidem restitui oportere rectissime responsum est.

Der Gedankengang des Juristen ist klar. Da erst durch die vom Erben vollzogene Manumission der Sklave die Freiheit erhält, so soll nach der Meinung einiger Juristen das Vermächtniß dem Honorirten nicht zufallen. Denn würde auch der Anfall des Vermächtnisses — wie es bei einem Legat, das einem im Testament direkt freigelassenen Sklaven hinterlassen wird, der Fall ist [142]) — erst mit dem Erbschaftserwerbe angenommen werden, so könnte es der Honorirte doch nicht beanspruchen, da er noch

derselben Ansicht wie Marcian gewesen zu sein. — Ueber den uns hier nicht weiter interessirenden Fall, wenn der Erbe den Antritt der Erbschaft verzögert, um das fideicommissum libertatis weiter hinauszuschieben, s. l. 53 §. 1 cfr. l. 55 pr. D. de fid. lib. 40, 5, auch l. 3 §. 11. l. 28 pr. l. 40 §. 7 D. de statulib. 40, 7.

142) l. 7 §. 6. l. 8 D. quando di. 36, 2; vgl. den Comment. Th. 46. S. 438. Th. 48. S. 202. Anm. 14.

Sklave des Onerirten ist.[143]) Mit Recht bezeichnet Paulus dies Resultat einer zwar logisch consequenten, aber doch gegen den Sinn der letztwilligen Verfügung arg verstoßenden Deduktion als iniquum. Offenbar war die Willensmeinung des Erblassers, daß der Sklave das Vermächtniß bei seiner Freilassung erhalten solle, so daß es als ein in tempus libertatis angeordnetes ausgelegt werden muß.[144]) Dies cedens wäre also für das Vermächtniß im Augenblicke der Freilassung. Nun steht aber doch der Anfall des Vermächtnisses nicht in der reinen Willkür des Erben; denn dieser ist verpflichtet, den Sklaven sofort nach dem Erwerbe der Erbschaft (bezw. mit dem Eintritt des für die Manumission letztwillig gesetzten Termins) freizulassen. Also kann der Sklave, sobald das fideicommissum libertatis angefallen ist, mit der Freiheit auch das Vermächtniß beanspruchen. Und so wird denn letzteres zugleich fällig mit dem dies libertatis cedens,

143) Dies scheint Cujacius bei der Interpretation der Stelle (in recitt. ad l. 21 Paul. quaest. und in recitt. ad tit. D. de leg. II. ad l. 78 pr.) zu übersehen.

144) Vgl. l. 91 §. 4 D. de leg. I. l. 26 §. 1 D. ad SC. Treb. l. 20 pr. eod. l. 11 §. 10 D. de leg. III. Die Meinung der quidam erscheint überhaupt befremdlich und es möchte sich noch fragen, ob wir es bei ihr mit einer in der Praxis wirklich hervorgetretenen Anschauung oder nicht vielmehr lediglich mit einem rein doktrinären Skrupel zu thun haben. So stellt sich ein gleiches Bedenken nicht ein bei dem ganz analogen Fall eines dem Sklaven des Erben gewährten Fideicommisses (Paul. l. 8 §. 1 D. de legat. III.), ferner auch eines dem Sklaven des Erblassers oder Erben zu entrichtenden Universalfideicommisses (l. 17 §. 13. l. 23 §. 1 D. ad SC. Treb. 36, 1.) Als zweifellos gültig behandelt ein solches Vermächtniß auch ein Reskript Alexanders in l. 8 C. de fideic. 6, 42.

wobei man freilich festhalten muß, daß zeitlich und begrifflich die Freilassung der Leistung des Vermächtnisses vorangeht und somit auch der Anfall des letzteren sich eigentlich nur unmittelbar anreiht an den des fideicommissum libertatis.[145]) Wenn daher der Erbe die Freilassung verzögert, so macht er sich damit zugleich einer Mora in betreff des Vermächtnisses schuldig.[146]) Daraus macht nun Paulus die Folgerung, daß der Freigelassene auch auf die Zinsen des Vermächtnisses Anspruch habe, indem er sich hiefür darauf beruft, daß nach einer früheren Entscheidung der für den Herrn in der Zwischenzeit gemachte Erwerb dem Freigelassenen herausgegeben werden müsse.[147])

Auf den ersten Blick mag es zweifelhaft erscheinen, in welchem Sinne die mora praestandae libertati vom Juristen hier genommen wird. Denn wenn er die Zinsen des Vermächtnisses und den vom Freizulassenden gemachten Erwerb zusammenstellt und von der Restitutionspflicht hinsichtlich des letzteren auf die Prästation der ersteren zu schließen scheint, so darf man doch nicht übersehen, daß beide eigentlich verschiedener Natur sind. Bei den Zinsen handelt es sich um eine Nebenleistung, durch welche die den Gegenstand des Vermächtnisses bildende Hauptleistung erweitert wird. Es wäre aber mindestens geschmacklos, den fraglichen Erwerb als Nebengegenstand der vermachten Frei=

145) Daher auch der Ausdruck „quodammodo" in unserer Stelle.

146) Aehnlich die Entscheidung in l. 92 D. de C. et D. 35, 1 (s. den Comment. Th. 48. S. 240. Anm. 90), bei welcher zu beachten ist, daß dem Vater die Emanzipation des Kindes bereits durch Richterspruch aufgegeben war.

147) Paul. l. 22 §. 3 D. ad l. Corn. de fals. 48, 10. — si servo moram fecit in fideicommissaria libertate praestanda, . . . placet omne, quod per huiusmodi servum adquisitum est, restitui oportere manumisso.

heit zu bezeichnen. Der Anspruch auf Herausgabe des dem Herrn gemachten Erwerbes gründet sich vielmehr darauf, daß der Sklave, dessen Freilassung der Erbe nach Fälligkeit des fideicommissum libertatis durch eigene Schuld verabsäumt hat, schon gemäß dem Willen des Erblassers, wenn er auch erst später freigelassen wird so zu behandeln sei, als wäre er damals frei gewesen und hätte allen Erwerb für sich gemacht. Da der Herr ihn zu manumittiren unterließ, während er dies thun sollte und konnte, darf er auch nicht den Erwerb behalten, den er durch ihn als Sklaven gemacht hat. Es stünde mithin nichts entgegen, den Erben zur Restitution dieses Erwerbes, durch den er infolge der Nichterfüllung des erblasserischen Auftrages bereichert worden ist, auch dann anzuhalten, wenn der Sklave die Freilassung noch nicht gefordert hatte: denn ultro is qui libertatem debet offerre debet.[148]) Dagegen ein anderweitiges Vermächtniß zu leisten braucht regelmäßig niemand eher, als es von dem Bedachten eingefordert ist. Der Umstand, daß es nicht schon unbeansprucht geleistet wird, kann daher den Belasteten unmöglich noch zu Ersatzleistungen verpflichten. Wenn man nun noch weiter bedenkt, daß die Zinsverpflichtung doch immer nur als Folge einer Mora im strengen Sinne eintritt, nicht aber schon durch das bloße Hinhalten der Leistung begründet wird, so wird man annehmen müssen, daß Paulus auch hier ein der

148) Es soll nicht mit Bestimmtheit behauptet werden, daß die Verpflichtung zur Herausgabe des Sklavenerwerbes an den später Freigelassenen auch hier von dem Juristen anerkannt war. Jedenfalls gestattet der in betreff des nach Fälligkeit des fideic. libert. geborenen Sklavenkindes geltende Rechtssatz keine analoge Anwendung, da er auf dem favor libertatis beruht. Dadurch wird aber die hervorgehobene Verschiedenheit des von dem Freizulassenden gemachten Erwerbes und der Zinsen nicht beeinträchtigt.

wirklichen Mora analoges Verhältniß auf Seiten des beschwerten Erben voraussetzt. Der Eintritt der Mora aber erfordert eine Interpellation des Schuldners; daher wird auch die Entscheidung unseres Falles an die Voraussetzung einer seitens des Sklaven an den Erben ergangenen Aufforderung zur Freilassung geknüpft werden müssen. [149]) Paulus will dann eben nur sagen, daß dem Erben, wenn er einmal mit der Freilassung in Verzug gerathen, auch ein Verzug in betreff des Vermächtnisses zur Last falle; einer besonderen Mahnung hinsichtlich des letzteren nach der Freilassung bedürfte es dann nicht mehr. M. a. W. die Aufforderung, freizulassen, involvirt zugleich eine Aufforderung, das Vermächtniß zu leisten.

Jedoch muß man dabei beachten, daß es sich hier doch immer nur, wie schon hervorgehoben, um ein der wirklichen Mora analoges Verhältniß, um eine quasi mora handelt; [150]) denn vor der Freilassung war die Vermächtnißforderung nicht allein noch nicht fällig, sondern eine klagbare Obligation zwischen dem Herrn als Erben und dem Sklaven als Honorirten bestand überhaupt noch nicht. Daher wäre es übereilt, die übrigens sehr vorsichtige und zurückhaltende Entscheidung des Juristen in betreff der Zinsen mitsammt ihrer Begründung dahin zu generalisiren, daß durch die Forderung der Freilassung eine mittelbare Mora mit allen ihren Rechtsfolgen auch für das Vermächtniß begründet werde und demgemäß der Erbe auch für den — schon vor der Freilassung erfolgenden —

149) So auch Mommsen S. 131 Anm. 11, dem ich aber nicht durchweg beistimmen kann.

150) Vgl. l. 92 D. de C. et D. 35, 1: — quasi ex mora usuras praestaturum: videri enim eum, qui moram faceret emancipationi, moram restitutioni fideicommissi etiam facere.

zufälligen Untergang des Vermächtnißgegenstandes zu haften habe: eine Vorstellung, welche schon dadurch widerlegt wird, daß die Quellen jene Haftung bekanntlich auf den Gesichtspunkt der perpetuatio obligationis zurückführen.

D. Wir haben gesehen, daß auch beim Vermächtniß die Mora durch die Interpellation des Belasteten begründet wird. Daß derselbe auch dann auf das volle Interesse in Anspruch genommen werden kann, wenn er die das Vermächtniß enthaltende letztwillige Urkunde, insbesondere das Codizill, unterdrückt und so die Einforderung dem Bedachten unmöglich gemacht hat, ist keinem Zeifel unterworfen, wenn es auch in den Quellen sich nicht ausgesprochen findet. Die Eröffnung des Testamentes und Bekanntmachung des Codizilles verschafft nun aber dem Bedachten noch nicht immer Kunde von dem ihm zugefallenen Vermächtniß. Eine rechtliche Verpflichtung des Erben oder sonstigen Beschwerten, dem Honorirten von dem Vermächtniß Mittheilung zu machen, selbst wenn dieselbe ohne jede Schwierigkeit erfolgen könnte, ist jedoch nicht begründet. Durch die Verheimlichung des Vermächtnisses ist dem Bedachten die Einforderung desselben benommen, und der Beschwerte so in die Lage gesetzt, den Vermächtnißgegenstand in Händen zu behalten und die Nutzungen von demselben zu beziehen. Ein Anspruch des Bedachten auf Herausgabe dieser gezogenen Nutzungen oder gar auf Leistung des Interesse läßt sich nicht begründen, da arglistiges Zurückhalten der Leistung noch keine Mora ist. Das römische Recht [151]) läßt hier den Vermächtnißnehmer regelmäßig völlig schutzlos; es würde sogar

151) Gesicherter ist der Vermächtnißnehmer durch die in der heutigen Gerichtspraxis übliche und durch die neuere Gesetzgebung vorgeschriebene amtliche Benachrichtigung von dem Vermächtniß. Ausführliche Bestimmungen darüber enthält das preuß. LandR. I. 12 §. 230—236.

der Vermächtnißanspruch verjähren können, bevor der Legatar von der Zuwendung etwas erfahren hat, wenn auch lediglich infolge des unredlichen Verschweigens des Vermächtnisses durch den Belasteten, der ihm unter den obwaltenden Umständen allein Nachricht geben konnte, die Einforderung versäumt worden ist.[152])

Es würde sich nur fragen, ob nicht beim Vindicationslegat und im neueren Recht beim Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen Sache eine andere Beurtheilung eintreten müßte. Auf die Frage, ob der Erbe überhaupt als malae fidei possessor der vermachten Sache anzusehen sei, soll hier nicht eingegangen werden; sie ist später im Zusammenhange mit dem streitigen Anspruch des Legatars auf die Früchte des Vermächtnißgegenstandes zu erörtern.

152) So kann auch ein an einer Erbschaftssache durch Vermächtniß begründeter Nießbrauch oder eine Prädialservitut mittlerweile durch non usus untergehen (l. 19 §. 1 D. quemad. serv. 8, 6). Daß hier nach justinianischem Recht dem Vermächtnißnehmer eine persönliche Klage zusteht, ist selbverständlich. Dagegen ob nach klassischem Recht der Vermächtnißnehmer hier beim Vindicationslegat auf Wiederherstellung d. h. Bestellung der Servitut mit der act. ex testamento klagen konnte, ist durchaus zweifelhaft. Begründen ließe die Klage sich nur in der Weise, daß durch das Verhalten des Erben die ihm durch die Vermächtnißverfügung auferlegte Verpflichtung verletzt und ein dem Willen des Erblassers widersprechender Zustand herbeigeführt ist. Auch würde nur an eine actio incerti zu denken sein. Möglicherweise hätte dem Legatar auch mit Restitution des verlorenen Rechtes (act. confessoria mit Wegfiktion des non usus) gegen den im Besitze der Sache befindlichen Erben geholfen werden können. Die Quellen gewähren uns keinen Anhalt; denn l. 66 §. 1 D. de C. E. 18, 1. läßt sich für unsere Frage nicht verwerthen.

Jedenfalls ist die mala fides des Erben unbestreitbar, welcher in der Absicht, den vermachten Gegenstand dem Bedachten vorzuenthalten oder sich selbst anzueignen, das Vermächtniß verheimlicht und so durch seine Unredlichkeit die Annahmeerklärung und Einforderung des Vermächtnisses hintertreibt. Er würde mithin dem Legatar gegenüber, wie in jeder Beziehung so auch hinsichtlich der entgangenen Nutzungen der Sache, als unredlicher Besitzer haften müssen.[153])

§. 1526. e.

Unmöglichkeit der Leistung. — Freie Handlungen des Belasteten.

Nicht allein dann, wenn dem mit dem Vermächtniß Belasteten dolus, culpa oder mora zur Last fällt, sondern auch wenn durch eine freie Handlung desselben die Unmöglichkeit der Leistung des Vermächtnißgegenstandes herbeigeführt worden ist, bleibt die Vermächtnißobligation bestehen und kann der Bedachte Ersatz beanspruchen. Es kommt dabei gar nicht darauf an, ob der Onerirte von dem ihm auferlegten Vermächtniß Kunde hatte oder nicht. Selbst wenn er von demselben nach Lage der Umstände nichts wissen konnte, haftet er dennoch auf die aestimatio der vermachten Sache, wenn er den Untergang oder Verlust derselben durch seine Handlung verursacht hat. Bevor wir den Grund dieser Haftung zu ermitteln versuchen, ist sie

153) Auf l. 4 pr. D. pro suo 41, 10 (Pompon.) darf man sich hiefür freilich nicht berufen.

zunächst selbst aus den Quellen festzustellen und zugleich näher zu begrenzen.[1])

Bei weitem die meisten Stellen handeln von der Freilassung des vermachten Sklaven, gleichviel ob dies ein Sklave des Erblassers oder des Erben war, wobei ersterenfalls selbstverständlich ein Damnationslegat vorauszusetzen ist.[2]) So heißt es in §. 16 I. de legat. 2, 20

Si heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit, nec interest scierit an ignoraverit a se legatum esse.[3])

1) Was Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 492. 493 darüber bemerkt, ist ebenso dürftig wie oberflächlich.

2) Es braucht nicht besonders bemerkt zu werden, daß es sich hier nach justinianischem Recht immer nur um einen dem Erben gehörigen Sklaven handeln kann; denn auch die Freilassung des bedingt vermachten Erbschaftssklaven würde keine Wirkung haben, l. 11 D. de manum. 40, 1. l. 29 §. 1 D. qui et a quib. 40, 9. vgl. l. 34 D. de relig. 11, 7. Schwierigkeit bereitet l. 28 D. qui et a quib. Heres servum proprium, quem testator legaverat, manumittendo nihil agit, quia scientiae vel ignorantiae eius nullam placuit admitti rationem. (Paul. l. III. sentent.) An ein Vindicationslegat kann hier nicht gedacht sein. Woher aber sollte die Freilassung erfolglos sein? Schon der Glosse ist dies aufgefallen; sie versteht das „nihil agit" davon, daß das Vermächtniß nicht aufgehoben werde und der Legatar den Anspruch auf die aestimatio behalte. Schulting, iurispr. anteiust. in not. 4 ad Ulpiani fragm. XXIV, 2 will, im Anschluß an Merillius, comm. ad Inst. in §. 16 cit., die Stelle von einem legatum sinendi modo verstanden wissen, was nach unserer heutigen Kenntniß dieser Vermächtnißart unannehmbar ist. Ob nicht vielleicht an Insolvenz des Erben zu denken wäre?

3) Marcian. l. 112 §. 1 D. de legat. I. Cum servum suum heres damnatus dare eum manumiserit, tenetur in

Ein solches Nichtwissen des Belasteten vom Vermächtniß erklärt und rechtfertigt sich namentlich, wenn das Vermächtniß in einem dem ersteren unbekannten Codizill angeordnet war, wie denn gerade einen solchen Fall auch Julian im Auge hatte. So berichtet Paulus in l. 91 §. 2 D. de V. O. 45, 1:[4])

De illo quaeritur, an et is qui nesciens se debere occiderit, teneatur: quod Julianus putat in eo, qui cum nesciret a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit.

Jedenfalls ergibt sich aus dieser Stelle, daß über die Haftung des Erben Zweifel bestanden, die erst durch Julians Autorität beseitigt wurden.

Auch beim Vermächtniß eines fremden Sklaven haftet der Erbe, wenn er denselben freiläßt, nachdem er das Eigenthum erworben hatte, ohne daß es auf seine Kenntniß vom Vermächtniß ankäme. Davon scheint verstanden werden zu müssen der dem §. 16 J. cit. vorangehende Satz: si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Denn wie die Manumission eines fremden Sklaven sonst „facto heredis" herbeigeführt werden könnte, ist schwer begreiflich.[5]) Ebenso

eius aestimationem, nec interest, scierit an ignoraverit legatum.

4) Wahrscheinlich wird auf die Entscheidung Julians in der später zu erörternden l. 26 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1 Bezug genommen.

5) Wenn man nicht „sine facto" im Sinne von „ohne Zuthun, ohne Mitwirkung" nehmen und an den Fall denken will, daß der Erbe den Herrn des Sklaven zur Freilassung etwa durch eine ihm gemachte Leistung veranlaßt hat. Schwerlich hat dies aber der Jurist, welchem die Compilatoren gefolgt sind, im Sinne gehabt, und daß letztere dies gemeint, ist ebenso unglaublich. Wenigstens müßte

behält der Legatar seine Forderung wenn der Erbe den Sklaven veräußert hat und der Erwerber ihn freiläßt, ohne daß auch hier auf das Wissen des Erben vom Vermächtniß Rücksicht genommen wird.

§. 16 fin. J. cit. Sed et si alii donaverit servum et is cui donatus est eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.[6])

Auch in anderen Fällen, in welchen eine rechtliche Unmöglichkeit der Leistung durch den Erben ohne vertretbare Schuld bewirkt worden ist, findet sich die Haftung desselben auf den Werth der Sache anerkannt. So wenn er die vermachten Bauornamente u. dgl. einem Gebäude eingefügt hat, oder die Sache durch ihn extra commercium gebracht ist.[7]) Nichts anderes kann in dem Falle des natürlichen Unterganges der Sache gelten. So erlischt die Verbindlichkeit aus dem Vermächtniß nicht, wenn der One=

man dann voraussetzen, daß der Erbe so in Kenntniß des Vermächtnisses gehandelt habe — denn anderenfalls könnte er nicht in Anspruch genommen werden —, und dann würde ja dolus vorliegen. Vgl. übrigens die von der Stipulation handelnde l. 91 §. 1 D. de V. O. 45, 1 — si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur; — sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur, quia nihil fecit — quam distinctionem et Julianus sequitur.

6) Entnommen aus l. 112 §. 1 cit. Vgl. l. 91 §. 1 cit. — idemque fiat, et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit.

7) Ulp. l. 41 §. 16. l. 42. l. 43 pr. D. d. legat. I. Sed si heres ea iunxit, puto non extingui (legatum), sive scit sive ignoravit, — heres ergo aestimationem praestabit; vgl. Brinz, Pand. III. S. 313. Hierüber und über den Fall der Veräußerung durch den Erben ist im folgenden §. zu handeln.

rirte die vermachte Sache vernichtet, z. B. den Sklaven oder das Thier tödtet, oder die bestimmte Quantität von Consumtibilien, die den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, unmittelbar verbraucht, mochte er auch vom Vermächtniß keine Kenntniß haben.[8]) Es wird auch hier keinen Unterschied machen, ob die vermachte Sache ihm selbst oder einem Dritten gehört.[9])

Ebenso muß es sich verhalten, wenn die Sache durch Verarbeitung untergegangen ist, oder durch Verbindung mit einer anderen ihr selbständiges Dasein dauernd verloren hat. Es kann hier keinen Unterschied machen im ersten Falle, ob der Stoff in seiner ursprünglichen Gestalt sich wiederherstellen läßt oder nicht, im zweiten Falle, ob dem Erben das Eigenthum an dem Sachganzen zusteht oder durch die Verbindung die vermachte Sache Theil der einem Anderen gehörigen geworden ist; und es ist eben so gleichgültig, ob der Onerirte in Kenntniß oder Unkenntniß des Vermächtnisses gehandelt hat: hier wie dort bleibt er dem Vermächtnißnehmer auf Leistung der Sache verpflichtet.

8) Auf die Unkenntniß vom Vermächtniß muß wohl auch Ulp. l. 53 §. 5 D. de legat. I. bezogen werden. Denn daß der Erbe, welcher das vermachte Thier z. B. Pferd absichtlich tödtet, nicht schon mit Herausgabe des Kadavers seine Verbindlichkeit erfüllt, sondern auf den Werth desselben dem Legatar haftet, ist doch, wenn man Kenntniß des Vermächtnisses bei ihm voraussetzen wollte, zu selbstverständlich, als daß der Jurist dies als seine besondere Meinung („puto teneri") ausgesprochen haben sollte. Desgleichen können l. 84 §. 4 eod. und l. 12 de auro leg. 34, 2 (s. oben S. 234 Anm. 31) hieher gezogen werden.

9) Dann würde er sowohl vom Eigenthümer mit der act. l. Aquiliae, wie vom Legatar mit der act. ex testamento in Anspruch genommen werden können. Vgl. oben S. 177 Anm. 23.

Er haftet demnach nicht bloß auf die eigene Bereicherung, noch auch kann er den Vermächtnißnehmer mit der Cession der ihm selbst etwa zuständigen Klage gegen den Dritten, in dessen Eigenthum die verbundene Sache übergegangen ist, abfinden. Sonst würde ja der Vermächtnißnehmer leer ausgehen, wenn der Erbe wußte, daß die Sache, mit welcher er die vermachte, gleichviel ob in Schenkungsabsicht oder ohne eine solche, verbunden hat, eine fremde sei, und dieselbe sich im Besitze des Eigenthümers befindet.

Herbeiführung des Verlustes der Sache steht auch hier der Zerstörung derselben gleich. So würde die Vermächtnißforderung auch bestehen bleiben, wenn der Belastete die vermachte Sache derelinquirt oder dem gefangenen Thiere die Freiheit wiedergiebt.[10]) Es wird endlich kaum fraglich sein, daß nicht bloß im Falle der Vernichtung, sondern auch der Beschädigung und Verschlechterung der Sache der Belastete vom Legatar in Anspruch genommen werden kann.[11])

Daß im justinianischen Recht hier nicht zwischen einer dem Erblasser und dem Erben gehörigen Sache als Gegenstand des Vermächtnisses unterschieden werden kann, liegt auf der Hand. Wir können aber der Frage nicht aus dem Wege gehen, wie es sich in unserem Falle mit

10) Ueber den Fall der Veräußerung ist noch besonders im folgenden Paragraphen zu handeln.

11) So auch wenn auf dem vermachten Grundstück ein Gebäude abgebrochen, oder ein Wald abgeholzt ist; dagegen hat mit unserer Frage nichts zu thun der Fall, wenn der Erbe das vermachte Grundstück mit Servituten belastet, oder zuständige Servituten aufgegeben hat, wie schon daraus hervorgeht, daß er auch in Anspruch genommen werden könnte, wenn diese Servituten ohne sein Zuthun begründet oder erloschen sind.

der Haftung des Erben beim Vindicationslegat verhielt. Gegen den bonae fidei possessor ist die act. l. Aquiliae überhaupt ausgeschlossen,[12]) und ist die Sache zerstört, so kann gegen ihn auch nicht die rei vindicatio stattfinden; bei Beschädigung der Sache aber würde er nicht auf die Werthminderung haften. Da nun der Erbe, welcher vom Vermächtniß keine Kenntniß hat, unzweifelhaft redlicher Besitzer ist, so könnte ihn demnach der Legatar auch nicht in Anspruch nehmen.[13])

Dagegen macht sich aber sofort das Bedenken geltend, daß es doch eine formalistische Auffassung wäre, von der vom Erblasser gewählten Legatsform hier den Anspruch des Legatars auf eine Ersatzleistung abhängen zu lassen. Es wäre, wie wir schon öfters gesehen haben, verkehrt, beim Vindicationslegat einfach nur die für den Eigenthumsanspruch einem beliebigen dritten Besitzer gegenüber geltenden Grundsätze zur Anwendung zu bringen, indem man dabei völlig abstrahirt von der erblasserischen Verfügung selber, durch welche zwischen Erben und Legatar ein Rechtsverhältniß begründet wird und Rechtswirkungen hervorgebracht werden. Nicht dies, daß der Erbe Besitzer, der Legatar Eigenthümer der Sache ist, kommt für die rechtliche Beurtheilung allein in Betracht, sondern entscheidend ist, daß letzterem durch das Vermächtniß das Eigenthum verschafft ist, ersterer als Belasteter die Sache in Händen hat, deren Restitution ihm kraft des Vermächtnisses obliegt. Man darf nicht außerachtlassen, daß es sich bei jedem Vermächt-

12) S. Pernice, Sachbeschädigung S. 194 fg., vgl. denselben, Labeo II. S. 257.

13) Ueber alle Bedenken kommt freilich auch hier hinweg die weit verbreitete Anschauung, wonach seit dem SC. Neronianum jedes Vindicationslegat zugleich als Damnationslegat geltend gemacht werden konnte.

niß um eine Zuwendung handelt, mag dieselbe durch Geheiß oder Auftrag an den Erben (damnatio, fideicommissum) oder durch Vergabung einer Sache (do lego) vermittelt sein; hier wie dort wird ein Anspruch des Legatars auf Erfüllung des Vermächtnisses d. h. Realisirung der Zuwendung begründet. Danach bestimmt sich auch die Verpflichtung des Erben in unserem Falle. Wenn und wo es überhaupt als dem Vermächtnißwillen entsprechend erscheint, an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes der Zuwendung die aestimatio desselben treten zu lassen, kann es keinen Unterschied machen, ob per damnationem oder per vindicationem legirt ist.

Muß man demnach auch beim Vindicationslegat einen Anspruch des Legatars auf Schadloshaltung, wenn die Sache durch eine Handlung des Erben vernichtet oder beschädigt ist, anerkennen, so fragt es sich, mit welcher Klage der Vermächtnißnehmer diesen Anspruch geltend mache. War die Sache bloß verschlechtert worden, so hätte die eingetretene Werthminderung schon arbitratu iudicis bei der rei vindicatio berücksichtigt werden können, indem eben der Richter den Umfang der Restitution und das quanti ea res est mit Beziehung auf das Vermächtniß — auf welches ja der Kläger seinen Eigenthumsanspruch gründet — und die durch dasselbe dem Beklagten als Erben auferlegte Verpflichtung feststellte. Ist aber die Sache selbst nicht mehr vorhanden, mag sie unmittelbar vernichtet oder in Verlust gerathen sein, so fehlt der rei vindicatio die Grundlage, da der Erbe nicht mehr im Besitze ist. Es kann also dann nur eine persönliche Klage auf das pretium rei in Frage kommen. Daß an eine Klage auf Leistung der untergegangenen Sache selber (dari oportere) nicht zu denken ist, bedarf nach den früheren Ausführungen (S. 259) keines Beweises. Hingegen würde auch hier wieder die act. incerti ex testamento am Platze sein. Allerdings

läßt sich dieselbe aus den Quellen nicht nachweisen; und es ist sogar zweifelhaft, ob die römischen Juristen diese Klage hier für anwendbar erachteten. Wenigstens wird in der einzigen Stelle, die unsere Frage berührt, freilich in einem eigenthümlich gearteten Falle, dem Legatar mit einer in factum actio geholfen. Es ist l. 63 D. de legat. II:

Callistratus l. IV. edicti monit. — Si heres rem legatam ignorans in funus consumpsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet nec dolo malo fecit quominus possideret: sed per in factum actione legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur.

Der Erbe hat die Sache, welche Gegenstand eines Vindicationslegates war, ohne von dem letzteren zu wissen, zum Begräbniß des Erblassers verbraucht. Auf welche Weise, ob in unmittelbarer Verwendung, oder indem er die Sache zum Zwecke der Deckung der Beerdigungskosten verkauft hat, wird uns nicht mitgetheilt und ist auch gleichgültig, vorausgesetzt nur, daß letzterenfalls die Sache nicht mehr vorhanden ist. Mit der act. ad exhibendum kann er vom Legatar nicht in Anspruch genommen werden, da die Voraussetzungen derselben hier fehlen; denn arglistige Besitzentäußerung kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. Aber er bleibt verpflichtet, den Legatar schadlos zu halten, welchem zu diesem Behufe eine in factum actio gegeben wird. [14])

14) Zweifellos wird die act. in fact. zum Ersatz der hier unanwendbaren act. ad exhibendum, als Entschädigungsklage, gewährt; vgl. l. 3 §. 14 D. ad exhib. 10, 4. l. 7 C. eod. 3, 42, aber nicht l. 9 §. 4 D. eod. (oben S. 286) und ebenso wenig l. 48 pr. D. de legat. I. (oben S. 192). Die Glosse scheint wohl an das Richtige gedacht zu haben, wenn sie zu „consulitur“ bemerkt: „de aequitate;

Nach verschiedenen Seiten hin ist die Haftung des Beschwerten bei Unkenntniß des Vermächtnisses zu begrenzen. 1) Es wird stets ein factum heredis, also eine positive

et est ratio, quia commodum habet a defuncto." — Ueber die unmittelbare Verwendung in funus noch l. 19 D. de in rem v. 15, 3. l. 14 §. 4 D. de relig. 11, 7. Wie Scaev. l. 46 §. 2 eod. (Ei cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit et privilegium funerarium) zu verstehen sei, ist bestritten. Vgl. Glück in dem Comment. Th. 11. S. 428. (Die von ihm angezogene l. 3 C. eod. 3, 44 gehört natürlich gar nicht hierher). Daß es sich auch in dieser Stelle um eine Erbschaftssache handelt, ist unzweifelhaft; weniger sicher dagegen, ob sie ein Vindicationslegat voraussetzt. Daran, daß der Legatar selbst die Sache zur Bestattung verwendet hat, wie Viele annehmen, kann nicht gedacht werden; diese Auslegung wird schon durch den Wortlaut der Stelle ausgeschlossen. Ferner kann die Klage auch nur eine utilis act. funeraria sein; vgl. l. 46 pr. cit., wo doch auch zunächst an die act. funeraria (vgl. l. 8 §. 4 eod.) zu denken ist, obschon act. in factum oder selbst act. ex testamento nicht ganz abzuweisen wäre. Die Annahme, daß der Erbe von dem Vermächtniß nichts gewußt habe, ist eine ganz willkürliche Supposition, die gleichfalls durch das princ. der Stelle widerlegt wird. Selbst wenn der Erbe die vermachte Sache in Kenntniß des Vermächtnisses und ohne daß die Umstände es rechtfertigten, für das Begräbniß verbraucht hatte, würde die act. funeraria wegen des mit ihr verbundenen Privilegium dem Legatar neben der act. ad exhibendum vortheilhaft sein. Auch in l. 14 §. 1 fin. D. eod. kann vielleicht eine utilis act. funeraria gemeint sein. Mit der in factum actio der l. 63 cit. ist die dort vorausgesetzte Klage des Legatars schwerlich identisch. — Ueber l. 66 §. 4 D. de legat. II. l. 53 §. 7 eod. I. im folgenden Paragraphen.

Thätigkeit desselben vorausgesetzt, mag dieselbe in einer unmittelbaren Einwirkung auf den Vermächtnißgegenstand oder in einer Verfügung über denselben bestehen, wodurch er dem Bedachten entzogen wird. 2) Es muß diese Handlung auch eine spontane sein. Der bloße Causalzusammenhang zwischen der eingetretenen Vernichtung oder Beschädigung der Sache und dem Thun des Belasteten, der Umstand also, daß letzterer rein objektiv die Schuld an der Unmöglichkeit der Leistung trägt, reicht keineswegs hin, um einen Anspruch des Vermächtnißnehmers auf Schadloshaltung zu begründen. Vielmehr muß die den Untergang oder die Verschlechterung der Sache verursachende That aus dem Willen des Belasteten hervorgegangen sein. Damit scheidet ganz aus der Fall, wenn durch Unvorsichtigkeit oder Fahrlässigkeit desselben die Sache vernichtet oder beschädigt ist. Es kommt also nur eine solche Thätigkeit in Betracht, die sich bei Kenntniß des Vermächtnisses als Dolus darstellen würde.[15]) 3) Es dürfen nicht solche Umstände vorhanden sein, welche die Handlung des Belasteten rechtfertigen, so daß selbst bei Kenntniß des Vermächtnisses seine Verpflichtung aufgehoben, bezw. wenn die Sache eine fremde wäre, die Verantwortlichkeit ausgeschlossen wäre. Also die Handlung muß nicht allein eine freie, sondern auch eine schuldhafte sein. Ein Beispiel giebt dafür Ulpian in l. 53

15) Oder auch als lata culpa? Es kommt darauf an, wie man sich das Verhältniß zurechtlegt. Jedenfalls muß die Einwirkung auf die Sache eine vorsätzliche sein, wenn sie auch nicht gerade in der Absicht, den Untergang oder die Verschlechterung unmittelbar herbeizuführen, erfolgt sein sollte. Es genügt, daß sich der Handelnde dieses wahrscheinlichen Erfolges seiner Handlung bewußt war oder hätte bewußt sein sollen.

§. 3 D. de legat. I.[16]) Wenn der Erbe (Herr) den vermachten Sklaven wegen eines von ihm begangenen Verbrechens tödtet, so kann er von dem Legatar nicht in Anspruch genommen werden.[17]) Ebenso muß es sich verhalten — und zwar hier auch beim Vindicationslegat — wenn der Erbe den vermachten Sklaven in berechtigter Selbsthülfe oder Nothwehr tödtet[18]) oder den Vermächtnißgegenstand im Falle eines Nothstandes vernichtet.[19]) 4) Der Belastete haftet dann nicht, wenn ihm lediglich die Herausgabe der ihm selbst vermachten Sache auferlegt war.[20])

Wir haben nunmehr festzustellen, wie weit die Ersatzverbindlichkeit des Erben sich erstrecke. Die Meinungen hierüber sind getheilt. Die Einen nehmen nämlich an, daß der Legatar das Interesse beanspruchen könne, während die Anderen behaupten, daß die Haftung des Beschwerten sich

16) Si heres hominem legatum occidit ob facinus (hoc est merentem), sine dubio dicendum est eum ex testamento non teneri. Die in Parenthese stehenden Worte werden von Haloander wohl als Glossem weggelassen.

17) Derselbe Grundsatz findet sich für die Stipulation ausgesprochen in l. 96 D. de V. O. 45,1 (Marcell.) Qui servum mihi ex stipulatu debebat, si in facinore eum deprehenderit, impune eum occidit. Nur wird hier die Ertappung bei dem Verbrechen vorausgesetzt, während in l. 53 §. 3 cit. das Verbrechen als Rechtfertigungsgrund für die Tödtung angegeben wird. Hier wie dort kann aber nur an die Ausübung des dem Herrn zustehenden ius vitae necisque gedacht sein. Vgl. etwa Zimmern Gesch. d. röm. PrivatR. I. S. 663.

18) So in den Fällen der l. 24 pr. D. ad l. Jul. de adult. 48, 5. l. 30 pr. D. ad l. Aquil. 9, 2. — l. 4. l. 5 pr. l. 45 §. 4 eod.

19) l. 49 §. 1 eod. l. 7 §. 4 D. qu. v. a. cl. 43, 24.

20) Es mag übrigens bemerkt werden, daß in den Quellen nur die Haftung des heres zur Sprache kommt.

auf den Sachwerth des vermachten Gegenstandes beschränke.[21]) Für die letztere Ansicht sprechen überwiegende Gründe. Es würde im hohen Grade befremdlich sein, wenn der Beschwerte, der von dem Vermächtniß keine Kenntniß besitzt und somit subjektiv die Unmöglichkeit der Leistung nicht verschuldet hat, in der Haftung demjenigen, welcher durch seine Handlung die ihm obliegende Verbindlichkeit aus dem Vermächtniß wissentlich verletzt, ganz gleichgestellt werden sollte. Und dieser Auffassung widersprechen die Quellen keineswegs. Wenn in l. 112 §. 1 D. de legat. I. (Anm. 3) von der aestimatio die Rede ist, so kann dieses Wort von dem Juristen kaum in einem anderen Sinne gebraucht sein, wie in dem vorangehenden Satze, und daß es dort den Sachwerth bedeutet, ist unbestritten. Entscheidender ist noch die Wendung in l. 53 §. 5 eod. „pretium quanti esset, si viveret." Dem widerspricht auch nicht der Ausdruck indemnitas in l. 63 D. de legat. II, worunter doch gewiß immer die Entschädigung mit dem Sachwerth verstanden werden kann. Endlich kann man sich auch berufen auf die analoge Entscheidung bei dem ohne Kenntniß von dem Vermächtniß stattgefundenen Verkaufe der vermachten Sache, wo der Belastete nur den Kaufpreis dem Legatar zu leisten verpflichtet sein soll.

Es fragt sich nur, wie sich dazu l. 26 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 verhalte, in welcher Stelle man eine unzweideutige Bestätigung der Ansicht zu finden glaubt, daß das vom Erben zu leistende Aequivalent in dem Interesse bestehe,[22]) und welche auch den Gegnern derselben

21) Vgl. einerseits Windscheid, Pand. III. §. 647 Anm. 11, andererseits Mommsen, Beiträge II. S. 96, Cohnfeldt, Lehre vom Interesse S. 241.

22) So namentlich Cohnfeldt S. 242.

Bedenken erregt. Beide Theile lassen es aber an einer Interpretation der Stelle ganz fehlen. Doch setzen wir erst den mit §. 3 in engstem Zusammenhange stehenden §. 2 hierher.

Julianus l. 39 Digest. — Si quis filium suum ex asse heredem instituit et codicillis, quos post mortem filii aperiri iussit, fidei eius commisit, ut, si sine liberis decesserit, hereditatem suam sorori suae restitueret, et filius cum sciret, quod in codicillis scriptum esset, Stichum servum hereditarium testamento suo liberum esse iussit: heredes filii pretium eius servi sorori defuncti praestare debent, libertate favore sui servata.[23]) Hoc amplius et si ignorasset filius codicillos a patre factos, nihilo minus heredes eius pretium praestare debebunt, ne factum eius[24]) alteri damnum adferat.

Dem Erben ist in einem erst nach seinem Tode zu eröffnenden Kodizill die Restitution der Erbschaft im Falle

23) Diese Motivirung ist auffallend genug, und es liegt nahe, daß dieser Satz mit Rücksicht auf l. 3 §. 3 C. comm. de leg. 6, 43 interpolirt ist; vgl. l. 72 §. 1 D. ad SC. Treb. und die bei Schulting, notae ad Digesta angeführte Literatur. Sollte der Satz von Julian herrühren, so könnte man vielleicht darauf verfallen, daß bei einem post mortem heredis hinterlassenen Fideicommiß die testamentarische Veräußerung also das Vermächtniß des betr. Gegenstandes wirkungslos war. Viel Mühe macht sich die Glosse mit jenem Satze und seiner Vereinigung mit scheinbar widersprechenden Stellen.

24) So lesen die Vulgathandschriften; die Florentina hat „eiusquam“, der cod. Collad. „cuiusquam“, s. Th. Mommsen ed. Digest. Der ersteren Leseart wird von Pernice, Labeo II. S. 274 Anm. 41 mit Recht der Vorzug gegeben.

des kinderlosen Ablebens auferlegt. In Kenntniß des Inhaltes des Kodizilles läßt er in seinem Testament einen Erbschaftssklaven frei. Die Freiheit des Sklaven tritt also in demselben Augenblicke ein, in welchem der Anspruch auf Restitution des Fideicommisses fällig wird. Der Entscheid lautet: die Erben des Fiduciars müssen den Werth des Sklaven dem Fideicommissar ersetzen. Beiläufig bemerkt noch der Jurist, das gleiche müßte gelten, wenn dem Erben das Codicill unbekannt gewesen wäre. Daran reiht sich nun der anstößige §. 3:

Sed et si servus iste a Sempronio heres institutus sit eamque hereditatem, posteaquam ex testamento fratris ad libertatem pervenerat, adierit, hereditatis quoque aestimationem heredes fratris sorori eius praestare debent, quia, si manumissus non esset, iussu mulieris adire eam potuisset. Si vero vivente filio Sempronius decesserit, hereditas in causa fideicommissi non deduceretur: quippe ab ipso filio adire iussus hereditatem ei adquireret.

Nach dem Tode des Fiduciars ist dem im Testament Freigelassenen eine Erbschaft angefallen und von ihm erworben worden. Hier sollen die Erben des ersteren dem Fideicommissar den Werth dieser Erbschaft zu ersetzen haben. Denn wäre der Sklave nicht freigelassen, so würde er mit der Restitution der fideicommissaria hereditas in das Eigenthum des Fideicommissars gekommen sein, und dieser hätte durch ihn die deferirte Erbschaft erwerben können. Dem Fideicommissar ist mithin infolge der Freilassung diese Erbschaft entgangen.[25]) Anders würde es sich

25) Wäre der Sklave erst nach der Freilassung zum Erben eingesetzt worden, so erscheint die Deduktion Julians allerdings nicht zwingend. Denn es wäre doch fraglich,

verhalten, wenn der Erbfall noch bei Lebzeiten des Fiduciars stattgefunden hätte; denn in diesem Falle hätte der Fiduciar selbst die Erbschaft für sich erwerben können.

Diese letztere Entscheidung stimmt vollkommen überein mit den sonst uns bekannten Rechtsgrundsätzen in betreff des Erwerbes einer dem Erbschaftssklaven angefallenen Erbschaft beim Universalfideicommiß.[26]) Der Fiduciar braucht die durch den Erbschaftssklaven erworbene Erbschaft ebenso wenig zu restituiren, wie den sonstigen Sklavenerwerb nach Antritt der Erbschaft, — selbstverständlich, wenn er sich keiner Mora hinsichtlich der Restitution der letzteren schuldig gemacht hat. D. h. nur dann, wenn die Delation der dem Sklaven hinterlassenen Erbschaft erfolgt, nachdem der Fideicommissar das Universalfideicommiß bereits eingefordert hat, unterliegt jene Erbschaft ebenfalls der Restitution. Das muß nun auch im Falle der Freilassung des Sklaven gelten. Also der Fideicommissar wird niemals auf die fragliche Erbschaft Anspruch machen können, wenn er das Fideicommiß erst nach Eintritt des Erbfalles einfordert, mochte der

ob dem Fideicommissar, wenn die Freilassung nicht stattgefunden hätte, die Erbschaft zugefallen sein würde, da der Erblasser den Sklaven dann vielleicht nicht zum Erben ernannt hätte. (Vgl. l. 23 D. de A. E. V. 19, 1.) Jedenfalls müßte dann dem Erben des Fiduciars der Gegenbeweis offen stehen.

26) Sogar bei erzwungenem Erbschaftsantritt: Jul. l. 28 §. 1 eod. — non magis hanc hereditatem (sc. per servum adquisitam) in restitutionem venire, quam quod servus hereditarius post aditam hereditatem stipulatus fuisset aut per traditionem [mancipio] accepisset aut fructus, qui ex rebus hereditariis percepti fuissent, utique si nulla mora fideicommisso facta fuisset. Gai. l. 65 §. 4 eod.

Sklave schon früher freigelassen sein oder erst jetzt freigelassen werden.

Wie nun aber, wenn die Erbschaft erst nach der Freilassung deferirt wird? Auch hier wird man folgerichtig sagen müssen, daß es, mag auch der Fiduciar sich selbst die Leistung des Sklaven unmöglich gemacht haben, immer darauf ankommt, ob er bereits im Augenblicke der Delation der Erbschaft im Verzuge war oder nicht.[27]) Nun wird doch aber niemand behaupten wollen, daß der Erbe, wenn er, ohne von dem ihm auferlegten Universalfideicommiß etwas zu wissen, den Sklaven freigelassen hatte, durch den auf Restitution der fideicommissaria hereditas erhobenen Anspruch in Mora hinsichtlich dieses Sklaven gerathen und dem Fideicommissar auch auf den Werth der dem Freigelassenen später angefallenen und erworbenen Erbschaft haften müsse, wohl gar auch dann, wenn derselbe erst nach der Freilassung zum Erben eingesetzt wurde! Wir werden vielmehr sagen können, daß hier mit der Freilassung des Sklaven der Werth desselben als Restitutionsobjekt an die Stelle des Sklaven trat und daß somit auch die Verbindlichkeit des Fiduciars durch einen nach Einforderung des Fideicommisses eintretenden Erbschaftserwerb des Freigelassenen keinen weiteren Umfang gewinnen kann. Daß sich alles dies anders verhalten muß, wenn der Fiduciar wissentlich und absichtlich den Sklaven durch die Freilassung der zu restituirenden Hinterlassenschaft entzogen hat, bedarf keiner weiteren Ausführung.

In der l. 26 §. 3 cit. handelt es sich um ein fideicommissum post mortem heredis. Es scheint nun, daß nach Julians Annahme der Zuwachs, welchen die

27) Das gilt in gleicher Weise beim Singularvermächtniß eines Sklaven.

Erbschaft nach dem Tode des Fiduciars gewinnt, also Fruchtertrag und Sklavenerwerb, der dem Erben des Fiduciars aus jener Erbschaft zufällt, mit restituirt werden muß, ohne daß eine Mora des letzteren in Betracht käme. Diese Restitutionsverbindlichkeit würde sich dann auf dem muthmaßlichen Willen des Testators gründen, welcher den Erben auf den Genuß der Erbschaft auf Lebenszeit beschränken wollte. Somit ist hinsichtlich der dem Erbschaftssklaven hinterlassenen Erbschaft der Umstand entscheidend, ob sie bei Lebzeiten des Fiduciars oder nach dessen Tode, also dem im Augenblicke des Anfalles des Fideicommisses bereits infolge der testamentarischen Freilassung Freigewordenen deferirt ist. Da der Fideicommissar auf allen Erwerb aus der Erbschaft von dem Augenblicke des Todes des Fiduciars an Anspruch hat und da er die dem Freigelassenen deferirte Erbschaft erworben hätte, [28]) wenn demselben die Freiheit im Testament des ersteren nicht ertheilt wäre, so kann er vom Erben des Fiduciars auch den Werth jener Erbschaft verlangen. Die Freilassung fällt dem Fiduciar zur Last; also hat er für allen Schaden, der daraus dem Fideicommissar erwächst, einzustehen. Wie er für verschuldete Verminderungen des Nachlasses haftet, so ist er dem Fideicommissar auch dafür verantwortlich, daß er durch die verschuldete Entziehung der Erbschaftssache, nämlich die Freilassung des Sklaven, einen durch dieselbe zu machenden Erwerb vereitelt hat.

Diese Argumentation mag vollständig zutreffen, wenn der Erbe von dem Universalfideicommiß Kenntniß hatte; alsdann hat er alle Folgen seiner Handlung zu tragen, denn er hat wissentlich die ihm durch den Testator aufer-

28) Direkt, indem der Sklave auf sein Geheiß die Erbschaft antrat; oder durch Restitution, wenn sie bereits vom Erben des Fiduciars erworben war.

legte, wenn auch noch bedingte, Verpflichtung dem Fideicommissar gegenüber verletzt und haftet ihm daher auf das volle Interesse.[29]) Aber sie darf dem Juristen nicht zugemuthet werden für den Fall, daß der Fiduciarerbe völlig bona fide gehandelt hatte, da er von dem ihm auferlegten Universalfideicommiß nichts wußte und nichts wissen konnte.[30]) Denn eine Haftung des Fiduciars über den Werth der durch ihn dem Nachlaß entzogenen Gegenstand hinaus würde nicht allein allen Grundsätzen der Billigkeit widersprechen, sondern zu der geradezu monströsen Consequenz führen, daß er bezw. sein Erbe — und zwar gerade infolge seiner durch die Anordnung des Testators selber veranlaßten Unbekanntschaft mit dem Fideicommiß — möglicherweise über den Betrag der ihm vom Testator hinterlassenen und zu restituirenden Erbschaft hinaus in Anspruch genommen werden könnte. Man setze nur den Fall, daß

29) Um die Leistung des Interesse kommen wir hier nicht herum. Nach Windscheid a. a. O. ist „die Thatsache, daß ein Sklave zum Erben eingesetzt ist, eine werthsteigernde Eigenschaft desselben." Ganz richtig, wenn die Delation der Erbschaft bereits erfolgt war und der Sklave nun getödtet oder freigelassen wird. Aber das trifft doch nicht zu, wenn die Erbschaft erst später anfällt; denn vor Eintritt des Erbfalles wird der Werth des Sklaven durch seine Erbeinsetzung nicht gesteigert (vgl. l. 23 §. 2 D. ad l. Aquil. 9, 2) und nach Eintritt desselben ist er nicht mehr Sklave.

30) Hier würde ihn der Fideicommissar ja auch nicht wegen der durch grobe Nachlässigkeit herbeigeführten Verminderung der Erbschaft in Anspruch nehmen können. Nur für den Erben, der seine Verpflichtung kennt, ist in seinem Thun und Lassen hinsichtlich des Nachlasses eine Rücksichtnahme auf den Fideicommissar geboten und er haftet diesem auf das Interesse, wenn und weil er es an jener pflichtmäßigen Rücksicht in seinem Verhalten fehlen läßt.

der Werth der dem Freigelassenen zugefallenen Erbschaft den Betrag des ursprünglich zu restituirenden Nachlasses bei weitem übersteigt.

Nach alledem wird man die in l. 26 §. 3 cit. enthaltene Entscheidung auf den im vorangehenden §. 2 in erster Reihe behandelten Fall der Freilassung des Sklaven in Kenntniß des Fideicommisses beschränken müssen. Und dafür spricht auch entschieden der ganze Zusammenhang der Stelle, wenn man sich nur nicht an die Paragrapheneintheilung bindet. Der Satz „hoc amplius — damnum adferat“ enthält nur eine in Parenthese zu setzende Zwischenbemerkung des Juristen, wie sich schon deutlich aus dem Futurum praestare d e b e b u n t im Gegensatz zu dem in der vorangehenden und nachfolgenden Entscheidung gebrauchten Präsens praestare d e b e n t ergiebt.

Es ist noch die Frage zu erörtern, worauf sich die besprochene Haftung des Onerirten für die durch seine freie Handlung herbeigeführte Vernichtung und Beschädigung der vermachten Sache gründet.[31]) Allgemein verbreitet ist die Auffassung, daß wir es hier mit einem singulären Rechtssatz zu thun haben, der sich als eine einzig bei Vermächtnissen geltende Ausnahme von der allgemeinen Regel darstelle, wonach unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner allemal befreit.[32]) Diese Ausnahme wird von

31) In den neueren Gesetzgebungen findet diese Haftung sich nicht ausgesprochen.

32) Einen anderen Standpunkt nehmen zum Theil die Aelteren ein, bei denen aber nicht viel zu finden ist. Von der G l o s s e an dreht sich in den gelegentlichen Erörterungen unseres Falles Alles um die Vereinigung der ihn behandelnden Quellenstellen mit der angeblich widersprechenden l. 65 §. 8 D. de cond. indeb. 12, 6. Die Neueren sprechen hier durchweg von einem singulären Rechtssatze; s.

Mommsen[33]) damit motivirt, daß es „als dem Willen des Testators widersprechend angesehen werde, daß dessen wohlwollende Absicht durch eine freie Handlung desjenigen, dem er die Ausführung der Absicht zur Pflicht gemacht hat, vereitelt werden sollte.“ Aber wenn wir hier einmal den Willen des Erblassers hineinziehen, dann werden wir wohl auch bei einem zufälligen Untergange der Sache zu derselben Entscheidung gelangen müssen.[34])

Ganz anders Donellus, der sich am eingehendsten mit unserer Frage beschäftigt. Es wird von ihm überall, wenn ein Erbe den Untergang oder Verlust einer Erbschaftssache oder eigenen Sache, die den Gegenstand eines Vermächtnisses bildet oder die vom Erblasser geschuldet war, durch seine Handlung herbeiführt, eine Haftung desselben wegen Verschuldung angenommen. Seine culpa liege darin, daß er über die Sache verfügte, während er doch daran hätte denken müssen, daß sie möglicherweise, wenn auch vielleicht in einem erst später zu Tage tretenden Codizill,

außer Mommsen und Windscheid a. a. O. noch die Pandektenlehrbücher von Mühlenbruch III. §. 729. Anm. 4, Thibaut II. §. 929, Schweppe-Mejer V. §. 899 (S. 306) Anm. 4, Wening-Ingenheim III. §. 523 (S. 314). Dagegen findet Cohnfeldt a. a. O. S. 241 die Entscheidung der Quellen in betreff des Vermächtnisses „ganz in Uebereinstimmung mit den für Obligationen überhaupt geltenden Regeln.“ Anders wieder Brinz, Pand. (2. Aufl.) II. §. 278 S. 327 u. Anm. 20, welcher sich zwar gegen Windscheid erklärt, aber die Haftung auf den Fall der Veräußerung zu beschränken scheint.

33) Beiträge I. S. 253.

34) Die Begründung ist nicht besser, als die, welche die Glossa „ad pretium“ in l. 65 §. 8 cit. giebt: quia utilitatem habet a defuncto heres, ideo gravius onera sustineat.

22

vermacht sei oder vom Erblasser geschuldet sein könnte.[35]) Diese Erklärung der Verpflichtung des Erben aus einer ihm angedichteten subjektiven Verschuldung bedarf keiner Widerlegung. Sie ließe sich zur Noth noch hören, wenn es sich um die Verfügung über Erbschaftssachen handelt, obschon sie auch hier seltsam ist. Höchst bedenklich wird sie aber beim Vermächtniß einer dem Erben gehörigen Sache, und vollends undenkbar ist sie, wenn die Sache eines Dritten den Gegenstand des Vermächtnisses bildet.

Wie steht es nun aber überhaupt mit dem Grundsatze, von dem die bei den Vermächtnissen geltende Regel nur eine singuläre Ausnahme bilden soll? Am schärfsten wird er von Mommsen[36]) formulirt: „Auch eine solche Unmöglichkeit, welche durch eine freie Handlung des Schuldners herbeigeführt ist, gilt als Befreiungsgrund, sofern nur dem Schuldner keine von ihm zu prästirende Verschuldung zur Last fällt." Dabei ist immer vorausgesetzt, „daß der Schuldner mit der ihm obliegenden Verpflichtung be-

35) Im Comment. ad tit. D. de V. O. 45, 1 ad l. 91 §. 2: Heredes causam habent, cur cogitent potuisse defunctum et hanc rem debere et item alias omnes, aut etiam eas legare; quoniam haec ut plurimum est condicio rerum hereditariarum, haec ut plurimum voluntas testantis. Die Berufung auf l. 65 §. 8 D. de cond. ind. 12, 6 wird von ihm abgelehnt durch den Hinweis, daß derjenige, welcher in gutem Glauben eine nicht geschuldete Sache empfängt, gar keinen Grund zu der Annahme habe, daß er sie möglicherweise als eine nicht geschuldete wieder herauszugeben haben werde. Auch Voet comment. ad Pand. l. XXX. nr. 51 legt dem Erben eine culpa unter. Mit Entschiedenheit hat sich gegen Donellus erklärt Giphanius ad l. 91 §. 2 cit. nr. 10 (Lect. Altorph. p. 924).

36) Beiträge I. S. 253. vgl. S. 235. II. S. 95.

kannt oder daß sein Nichtwissen ein solches ist, welches rechtlich nicht berücksichtigt wird." [37]) Der Beweis für die Anerkennung dieses Grundsatzes in den Quellen ist nicht geführt worden, [38]) und die praktischen Consequenzen desselben hätten wenigstens davon abhalten sollen, eine durchgreifende und gleichmäßige Geltung in allen obligatorischen Verhältnissen für ihn in Anspruch zu nehmen.

Wir müssen vielmehr von dem umgekehrten Grundsatz ausgehen, daß der Schuldner, wenn er sich selbst durch seine Handlung die Leistung der Sache unmöglich gemacht hat, [39]) dem Gläubiger zunächst verpflichtet bleibt, da von einem Zufall hier nicht die Rede sein kann. Dabei wird auch nicht danach gefragt, ob er von dem Bestehen der Obligation etwas gewußt habe oder nicht. Es kommt vielmehr einzig der Umstand in Betracht, ob durch ein dem

37) Eine entschuldbare Unkenntniß von dem Bestehen der auf Leistung einer individuellen Sache gerichteten Verbindlichkeit (denn eine andere kommt hier nicht in Betracht) wird meistens nur beim Erben des Schuldners angenommen werden können. (vgl. l. 42 D. de R. J. 50, 17). Jedoch sind auch andere Fälle möglich. So wenn in einer bedingten Obligation die irrige Annahme des Schuldners, daß die Bedingung ausgefallen sei, durch die Umstände gerechtfertigt war; oder wenn dem Schuldner Befreiung von seiner Schuld vermacht ist und die letztwillige Verfügung hinterher angefochten oder für nichtig erklärt ist.

38) Unter den von ihm angeführten Beweisstellen ist die einzige überhaupt hier einschlagende l. 1 §. 47 D. depos. 16, 3.

39) Sei es daß er ihren natürlichen oder juristischen Untergang (durch Zerstörung, Verbrauch der Sache, Freilassung des geschuldeten Sklaven) unmittelbar bewirkt, sei es daß der Gegenstand infolge einer Veräußerung zu Grunde geht oder in Verlust geräth, worüber im folgenden Paragraphen zu handeln ist.

Schuldner zurechenbares Verhalten (S. 327) die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt worden ist. Während nun aber im Falle der Kenntniß von der Verbindlichkeit der Schuldner auf das Interesse haftet, gestaltet sich beim Nichtwissen von derselben seine Verpflichtung verschieden je nach der Natur des bestehenden Obligationsverhältnisses. Das Prinzip, welches der Haftung des Schuldners zu Grunde liegt, findet sich von Julian in der Entscheidung der l. 26 §. 2 cit. in aller Bestimmtheit ausgesprochen: ne factum eius (sc. debitoris) alteri (sc. creditori) damnum adferat." [40]) Es erscheint angemessen, daß der Schuldner selbst den Schaden zu tragen habe und ihn nicht auf den Gläubiger abwälzen könne, indem er von jeder Verpflichtung frei wird. Eine Betrachtung der verschiedenen

40) Derselbe Grundsatz wird auch von Paulus, freilich in einer ganz anderen Beziehung, in l. 155 pr. D. de R. J. 50, 16 ausgesprochen („Factum cuique suum non adversario nocere debet.") Die Bemerkung Mommsens a. a. O. S. 253 Anm. 4, daß der von Julian angeführte Grund „weit über das zu Begründende hinausgehe," mag zutreffend sein; unbegründet aber ist der dem Juristen indirekt gemachte Vorwurf, daß mit jenem Satze der ganzen Lehre von der Zurechnung für das Civilrecht die Bedeutung genommen würde. Denn einmal bedeutet hier factum, was Mommsen nicht beachtet, gewollte und bewußte That, und sodann darf man Julian nicht unterschieben, daß er ein Grundprinzip der civilrechtlichen Haftung aufstellen wollte, wie der bemängelte Satz andererseits auch nicht als ein trivialer Gemeinplatz genommen werden darf. Man muß ihn eben im Zusammenhange verstehen. Das Richtige trifft Vinnius, comment. ad Instit. ad §. 16 de leg. 2, 20, wenn er sagt: nemo suo se facto obligatione liberare alterique damnum adferre potest.

Schuldverhältnisse wird die Bedeutung dieses Grundsatzes klarlegen.

1. Was die streng einseitigen Obligationen anbetrifft, so finden wir nicht bloß beim Vermächtniß, sondern auch bei der Stipulation ausgesprochen, daß der Schuldner, welcher durch seine Handlung (facto suo), obwohl in Unkenntniß der Verpflichtung, den Untergang der geschuldeten Sache herbeigeführt hat, nach wie vor zur Leistung verpflichtet bleibt. Er und nicht der Gläubiger hat die Folgen des Irrthums zu tragen.[41]) Wenn Paulus in l. 91 §. 2 D. de V. O. 45, 1 (S. 319) auf die Entscheidung Julians Bezug nimmt, so kann man darin doch nur eine bejahende Antwort auf die aufgeworfene, streitige Frage finden, ob der Promissor, welcher nesciens se debere den Sklaven getödtet hat, dem Gläubiger hafte.[42]) Wenn nach Julian, so scheint der Gedankengang des Juristen zu sein, der Erbe, der von einem ihm im Codizill auferlegten Fideicommiß nichts wußte, bei Freilassung des Sklaven haftet, so muß dies um so eher beim Stipulationsschuldner angenommen werden, welcher ohne Kenntniß von seiner Schuld den Sklaven tödtet.[43])

41) Paul. sent. V. 7 §. 4. Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret.

42) Die Stelle macht ganz den Eindruck, als ob die Compilatoren zwischen „teneatur“ und „quod Julianus“ einiges weggeschnitten haben, wenn man die ausführlichen Erörterungen in den vorangehenden und folgenden Paragraphen mit der abgerissenen Fassung des §. 2 vergleicht.

43) Anders Pernice, Labeo II. S. 272 fg., welcher meint, daß Julian noch auf dem Boden der älteren Rechtsanschauung stehe, während die abweichende Auffassung des Paulus einen Fortschritt in der Entwickelung bezeichne. Der Beweis hiefür dürfte kaum erbracht sein. Denn der Schluß

Daß dies auch innerlich gerechtfertigt ist, leuchtet ein, wenn man an eine Stipulation ex onerosa causa denkt. Soll nun der Schuldner, der den promittirten Gegenstand vernichtet hat, um das was ihm als Entgelt vom Stipulator

von der Entscheidung des letzteren Juristen bei den Bereicherungsklagen auf seine Stellung in betreff der Stipulation scheint mir abgelehnt werden zu müssen. Wenn Pernice mit Entschiedenheit hervorhebt, daß bei „gewissen die Leistung vereitelnden Handlungen" des Schuldners „rein objektiv auf den äußeren Erfolg gesehen wird," so daß „eine abgesonderte Untersuchung über die Schuld des Thäters überflüssig" erschien, und dann doch meint, daß „dabei immer eine Culpa des Promittenten vorausgesetzt" werde, so scheint das widerspruchsvoll. Eine Verschuldung wird vielmehr nur insofern erfordert, als das factum aus dem Willen des Schuldners hervorgegangen sein muß, nicht aber auch in dem Sinne, daß diesem das Bewußtsein der Rechtsverletzung innewohnen müsse. Darauf, daß die Haftung des Schuldners in den Fällen der Anm. 16. 17 ausgeschlossen wird, darf sich Pernice nicht berufen; denn dort steht gar nicht eine culpa in Frage, vielmehr ist das factum debitoris selbst ein gerechtfertigtes, die Verletzung fremden Rechtes durch dasselbe überhaupt keine rechtswidrige. Damit kann man das Nichtwissen des Schuldners von dem Vorhandensein der Obligation nicht auf gleiche Linie stellen; denn dieses wird doch an und für sich die Handlung noch nicht rechtfertigen. Es wird also bei der Stipulation nur darnach gefragt, ob die (gewollte) Handlung eine objektiv rechtswidrige ist oder nicht. Bei der Frage nach der Bedeutung des Nichtwissens des Promittenten scheint es sich nur um doktrinäre Bedenken gehandelt zu haben. Allerdings bliebe dabei zu erwägen, daß auch fahrlässige That den Promittenten haftbar macht und diese Haftung würde Culpa, also auch Kenntniß von dem Bestehen der Verbindlichkeit voraussetzen.

zugekommen ist, bereichert bleiben? Und man setze nur den Fall, der Erbe des Promissors hätte den geschuldeten Sklaven oder anderen Gegenstand, für welchen der Stipulator bereits die causale Leistung gemacht hatte, verkauft, der Sklave wäre dann vom Käufer freigelassen, der andere Gegenstand zerstört oder verbraucht, — nun sollte der Schuldner, indem er sich auf seine iusta ignorantia beruft, dem Gläubiger nichts zu leisten und von seiner das Forderungsrecht des letzteren verletzenden Verfügung noch Vortheil haben? Das wäre um so wunderbarer, als doch, wenn ein Dritter die Sache beim Schuldner absichtlich zerstört hätte, der Gläubiger durch einen Ersatzanspruch gegen jenen vor Schaden gesichert wäre. [44])

2. Umgekehrt könnte es, auch wenn die Quellen darüber schwiegen, keinem Zweifel unterworfen sein, daß bei den Condictionen auf Rückgabe der ohne Rechtsgrund empfangenen Leistung, der Schuldner nicht haftet, wenn er, ohne von dem Condictionsgrund zu wissen, den Untergang der Sache herbeigeführt hat: [45]) einfach, weil hier wegen Mangels der Bereicherung die aequitas condictionis nicht vorhanden ist.

3. Schwieriger wird die Sache bei den auf Restitu-

44) Daß dieser Fall eine andere juristische Gestaltung hat, kommt hiebei nicht weiter in Betracht.

45) Abgesehen von der Herausgabe der Bereicherung; Paul. l. 65 §. 8 D. de cond. ind. 12, 6. (Die Stelle handelt natürlich nicht, wie Mommsen a. a. O. II. S. 69 Anm. 6 annimmt, von der condictio furtiva, sondern von der cond. indebiti; das Wissen von der Nichtschuld ist nämlich, wie schon die Glosse sieht, nicht auf den Zeitpunkt der Empfangnahme, sondern auf den der Freilassung des Sklaven zu beziehen). Cels. l. 26 §. 12 eod. (nempe hoc solum refundere debes quod ex pretio habes). Paul. l. 39 D. de m. c. don. 39, 6 vgl. Jul. l. 37 §. 2 eod.

tion gerichteten Contractsobligationen, die übrigens alle bonae fidei sind. Beim Depositum und Commodatum haben wir die bestimmte Entscheidung, daß der Erbe, wenn er die seinem Erblasser anvertraute Sache, indem er sie irrthümlich für eine Erbschaftssache hielt, verkauft hat, nur auf den erlangten Kaufpreis hafte.[46]) Also wird er gar nicht in Anspruch genommen werden können, wenn von ihm die Sache unter der gleichen Voraussetzung vernichtet wurde. Die gleiche Entscheidung wird bei allen Obligationen, durch welche eine Verpflichtung zur Zurückgabe oder Herausgabe der empfangenen Sache begründet wird, platzgreifen müssen; so einerseits beim Pfandcontract und bei der Miethe, andererseits beim Mandat. Demnach verliert der Gläubiger seinen Anspruch, wenn die verpfändete, vermiethete, auf Grund des Mandates anvertraute oder für den Auftraggeber dem Mandatar übergebene Sache infolge einer freien Handlung des seine Verbindlichkeit nicht ken-

46) l. 1 §. 47 D. depos. 16, 3; Ulpian knüpft hier seine Erörterung an die formula in factum. Vgl. Pernice, Parerga III. S. 229 Anm. 9. 10. Unbenommen bleibt es dem Gläubiger, die Sache vom Erwerber selbst zu vindiciren, so daß dann der Schuldner diesem wegen Eviction haften würde. Aber daß man ihm nicht die Contraktsklage versagen und ihn auf die Vindication verweisen kann, ist einleuchtend, da letztere doch nicht zum Ziele führt, wenn ihm selbst die Sache nicht gehörte oder wenn sie mittlerweile vom Erwerber ersessen ist; vgl. Mommsen, Erörterungen I. S. 109. Möglicherweise handelt Ulpian auch von der fiducia cum amico contracta. Damit würde auch die l. 3 eod. ihr rechtes Verständniß gewinnen, vorausgesetzt, daß man mit Haloander die Inskription ändert. Will man dies nicht thun, so bliebe nur die Annahme übrig, daß l. 3 in ihrem ursprünglichen Zusammenhange auf das Mandat sich beziehe. Ueber die Stelle wird noch in §. 1526 f. Anm. 58 zu handeln sein.

nenden Schuldners untergegangen ist.[47]) Der Grund, weshalb es sich hier anders verhalten muß wie in dem Falle der Stipulation, liegt auf der Hand.[48]) Es kommt hier eigentlich immer eine Schadensersatzverbindlichkeit wegen Vernichtung oder Verbringung der fremden anvertrauten Sache in Frage, welche sich auf eine subjektive Verschuldung gründet, die wiederum nothwendig Kenntniß des fremden Rechtes voraussetzt: mag nun die betr. Handlung als Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit oder als eine an sich rechtswidrige oder unerlaubte aufgefaßt, mag also der Anspruch auf Schadensersatz mit der Contracts- oder Deliktsklage geltend gemacht werden. Durch die Unbekanntschaft des Schuldners, mit dem hinsichtlich der Sache bestehenden Rechtsverhältnisse wird somit der Anspruch des Geschädigten aus dem einen wie aus dem anderen Grunde ausgeschlossen. Bei der Stipulation bildet den Gegenstand der Obligation eine in das Vermögen des Gläubigers zu bringende Sache und was der Schuldner mit dieser seiner Sache selbst vornimmt, thut er auf eigene Gefahr, den Gläubiger geht es nichts an. Hier dagegen handelt es sich um eine zum Vermögen des Gläubigers gehörige Sache. Wenn nun diese durch eine Handlung des Schuldners dem Gläubiger entzogen wird, so hat beim Vorhandensein eines durch die thatsächlichen Verhältnisse entschuldigten Irrthums des ersteren die Contractsklage materiell den Charakter

47) Wie hier auch die aquilische Klage nicht stattfinden könnte.

48) Mag man die Intentio der bonae fidei actio, oder der in factum actio vor Augen haben, denn dolo malo non reddita ist doch die Sache nicht. Ich könnte mir überhaupt die obigen Ausführungen ersparen, wenn nicht Mommsen gerade auf die Entscheidung in betreff des Depositum die von ihm formulirte Regel stützte.

einer Bereicherungsklage.[49]) Von einer solchen könnte dort aber nicht die Rede sein.

Aber wird hier nun auch der Schuldner befreit, so darf man andererseits nicht übersehen, daß er selbst jeden Gegenanspruch an den Gläubiger verliert, wenn die Unmöglichkeit der Restitution durch sein Verhalten — und zwar hier nicht mehr bloß durch seine Handlung und absichtlich, sondern auch durch seine Unthätigkeit, Nachlässigkeit und Unvorsichtigkeit, — herbeigeführt worden ist. Das Nichtwissen des Schuldners von der Obligation hat in dieser Beziehung nicht etwa den Erfolg, daß der durch ihn bewirkte Untergang oder Verlust der Sache als casus behandelt werden könnte. Das ist ja auch so selbstverständlich, daß ein Beweis überflüssig erscheint; nur ein paar Beispiele mögen den Grundsatz veranschaulichen und ihn zugleich außer Zweifel stellen. Der Schuldner hat auf die gemiethete, geliehene, hinterlegte, verpfändete, zum Verkauf übergebene Sache nothwendige Verwendungen gemacht. Nun wird sie von seinem Erben, der sie für eine Erbschaftssache hält, zerstört oder verschenkt oder geht durch dessen Schuld

49) So tritt auch eine condictio sine causa an die Stelle in l. 4 D. depos. 16, 3. Sed et si non sit heres, sed putavit se heredem et vendidit, simili modo lucrum ei extorquebitur. (Paul.) An die cedirte hereditatis petitio (Sch. ad Basil. XIII. 2. 8) hat der Jurist nicht gedacht. Diese Entscheidung widerlegt übrigens die Auffassung Mommsens I. S. 31. Anm. 13. S. 297 fg., welcher die Haftung des Erben des Depositars als eine Folge des bei obligatorischen Verhältnissen geltenden Grundsatzes „commodum eius esse debet cuius periculum est“ ansieht. Wie die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung mit der formula in factum in Einklang gebracht wird, s. l. 1 §. 47 eod.: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit, non reddit.

sonstwie verloren. Oder im Auftrage eines Anderen hat jemand einen Sklaven mit eigenem Gelde gekauft und der Erbe läßt ihn unter der gleichen Voraussetzung frei. Schwerlich dürfte hier irgend ein römischer Jurist auf den absonderlichen Gedanken verfallen sein, daß der Gläubiger hier vom Erben mit der betreffenden actio contraria (bezw. act. conducti) auf Ersatzleistung in Anspruch genommen werden könne.[50]) Der aus der Verwendung oder Auslage hervorgegangene Gegenanspruch ist durch den infolge des Verhaltens des Schuldners eingetretenen, seine Verbindlichkeit selbst aufhebenden Verlust der Sache weggefallen. Ein Nachtheil ist für ihn in Wahrheit auch gar nicht vorhanden, vielmehr würde er, wenn es zum Ersatze kommen müßte, auf Kosten des Gläubigers einen Gewinn machen. Der Umstand, daß er zur Herausgabe der Sache, deren Unmöglichkeit durch ihn selbst herbeigeführt ist, contractlich verpflichtet war, kann ihm offenbar nicht zum Vortheil gereichen.

4. Aehnlich verhält es sich bei den gegenseitigen Obligationen, wie insbesondere beim Kauf.[51]) Auch hier kann die entschuldbare Unbekanntschaft des Schuldners (Verkäufers) mit seiner Verpflichtung, wenn durch sein Verhalten die Leistung unmöglich geworden ist, nur die Wirkung haben, daß er von der Verpflichtung die Sache zu leisten befreit wird. Aber er kann nicht die Gegenleistung (den Kaufpreis) vom anderen Theile verlangen, wie es bei der unverschuldeten Unmöglichkeit sonst der Fall ist. Umgekehrt haftet er mit der Contractsklage auf Rückgabe der-

50) Dies wird von Mommsen ganz consequent in der That angenommen, wie aus der Vergleichung der Ausführungen in den Beiträgen I. S. 323 fg. mit S. 253, II. S. 95 hervorgeht.

51) Vgl. auch oben S. 135 fg.

selben, wenn er sie bereits empfangen hatte.[52]) Also auch hier ist es der Schuldner (Verkäufer), welcher den Schaden zu tragen hat; wenn man hier, wo der Eigenthümer so zu sagen sich selbst um die Sache bringt, überhaupt noch von Schaden reden könnte, und nicht vielmehr vom Entgehen eines ihm selbst gar nicht bewußten Vortheiles oder Gewinnes.

Wenn es richtig ist, wie wir nachgewiesen zu haben glauben, daß der erörterte Grundsatz, welchen die römischen Rechtsquellen beim Vermächtniß aussprechen, nicht als eine auf positiver Rechtsbestimmung beruhende singuläre Ausnahme sich darstellt, sondern sich aus der „Natur der Sache" ergiebt, so werden wir ihn auch in dem festgestellten Umfange in den partikularrechtlichen Gebieten zur Anwendung bringen müssen, insofern er nicht den in der betreffenden Gesetzgebung sonst anerkannten Prinzipien widerspricht. Auf die neueren Gesetzbücher (die übrigens eine der Anwendung unserer Regel entgegenstehende Vorschrift

52) Auch dies muß bei unbefangener Betrachtung als selbstverständlich erscheinen. Die von Mommsen vertretene und überhaupt herrschende Auffassung würde zu der nicht mehr bloß der bona fides widersprechenden, sondern geradezu verkehrten Entscheidung gelangen, daß, wenn in unserem Falle der Erbe des Verkäufers die verkaufte Sache zerstört oder den Sklaven freiläßt, er nun auf den Kaufpreis klagen bezw. ihn zurückbehalten könne. Allerdings scheint man sich diese Consequenz nicht vergegenwärtigt zu haben. Es wird vielmehr auch für unseren Fall die Entscheidung des Africanus in l. 33 locati 19, 2 („si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas) zutreffen, worüber überhaupt zu vergleichen ist Hartmann in Iherings Jahrbüchern f. d. Dogmatik B. 22. Nr. 4.

nicht enthalten) näher einzugehen, ist hier nicht der Ort.[53]) Nur auf die Stellung, welche der Entwurf d. bürg. Gesb. f. d. deutsche Reich in der Frage einnimmt, mag noch ein Blick geworfen werden. Derselbe bestimmt in dem auch für Vermächtnisse maßgebenden §. 241:

Die Unmöglichkeit gilt als durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt wenn sie dadurch herbeigeführt ist, daß der Schuldner sich in Ansehung des Schuldverhältnisses in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat.

Damit würde auch die Bestimmung des römischen Rechtes, wonach der Vermächtnißschuldner für den durch seine freie Handlung herbeigeführten Untergang des vermachten Gegenstandes selbst bei Unbekanntschaft mit dem Vermächtnisse haftet, ausgeschlossen sein. Seine Kritik hat der vom Entwurf aufgestellte Grundsatz schon in den vorangehenden Ausführungen gefunden.[54])

53) Wie sich das preußische Landrecht zu jenem Grundsatz stellt, darüber wird man kaum ins Klare kommen können. Während nach I. 16 §. 14. der Schuldner bei einer ohne sein Verschulden entstandenen Unmöglichkeit der Erfüllung nicht haftet, so wird nach I. 5 §. 364 der Vertrag für aufgehoben angesehen, wenn die Unmöglichkeit „durch einen Zufall entsteht" (vgl. I. 11 §. 100); von einem Zufall kann aber nicht die Rede sein, wenn die Unmöglichkeit durch eine freie Handlung des Verpflichteten bewirkt worden ist.

54) Zu bemängeln wäre auch die nicht ganz correcte Fassung des §. 241; nicht durch den Irrthum, sondern durch die Handlung oder Unterlassung infolge des Irrthums wird die Unmöglichkeit herbeigeführt; jedoch ist der Sinn völlig klar. Die Motive II. S. 51 rechtfertigen den Grundsatz als Consequenz des anerkannten Prinzips, daß der Schuldner wegen Nichterfüllung regelmäßig nur im Falle des Verschuldens hafte. Daher könne auch der Schuldner

§. 1526. f.

Unmöglichkeit der Leistung. Verlust des Rechtes an der vermachten Sache.

Hat es sich bisher darum gehandelt, daß die Leistung des Vermächtnißgegenstandes dem Erben durch den Untergang desselben unmöglich geworden war, so ist jetzt die Frage zu erörtern, ob überhaupt und in welchem Maße der Erbe dem Vermächtnißnehmer verpflichtet bleibe, wenn er das Recht an der vermachten Sache verliert.[1]) Dabei haben wir es immer nur mit einem nach dem Tode des Erblassers eintretenden Rechtsverlust zu thun.

bezw. sein Erbe nicht verantwortlich gemacht werden, wenn er infolge eines entschuldbaren Irrthums in Ansehung des Schuldverhältnisses die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführe, z. B. den Gegenstand der Leistung verbrauche, vernichte, über ihn unwiederbringlich disponire; auch der Rechtsirrthum müsse hier in Betracht kommen. Dabei wird freilich anerkannt, daß die Vorschrift vorsichtig zu handhaben sei. Daß durch diese Bemerkungen der Grundsatz selbst hinreichend gerechtfertigt werde, wird man nicht sagen können. Weniger gefährlich wird er freilich dadurch, daß nach dem Entwurf §. 368 (in Uebereinstimmung mit dem preuß. Land.R.) bei gegenseitigen Verträgen der von seiner Verpflichtung durch Unmöglichkeit der Leistung befreite Schuldner auch kein Recht auf die Gegenleistung hat.

1) Gegen die von Mommsen, Beiträge I. §. 4. 5 vertretene Kategorie der „subjektiven Unmöglichkeit," welche auch den Verlust der „faktischen Disposition" über die Sache mitumfaßt, vgl. überhaupt die treffenden Bemerkungen von Hartmann in Iherings Jahrb. f. Dogmatik. B. 22 S. 441 fg.

Man könnte sich versucht fühlen, hier Alles auf die Verschuldung des Onerirten abzustellen, so daß er, wenn ihn eine Schuld an dem Rechtsverlust trifft, unbedingt auf das Interesse, sonst gar nicht haftete. Jedoch bewährt sich diese Regel in der Durchführung keinesweges; ganz abgesehen davon, daß schon der Begriff der Verschuldung verschieden aufgefaßt werden könnte. Wir werden vielmehr die besonderen die Haftung aus dem Vermächtniß bestimmenden Momente ins Auge fassen und danach die einzelnen Fälle derselben unterscheiden müssen.

Der Satz, daß unverschuldeter Rechtsverlust die Verpflichtung aufhebe, findet sich in den Quellen ausdrücklich nirgends ausgesprochen; und aus den Entscheidungen derselben läßt sich eine solche Rechtsregel auch nicht ableiten. Was die Stipulation anbetrifft, so ist es ganz unfraglich, daß ein für den Schuldner eintretender Verlust des Rechtes an der zu leistenden Sache, falls diese überhaupt noch vorhanden ist und im Verkehre steht, hinsichtlich des Fortbestandes der Obligation von gar keinem Belange ist. Da ja die Stipulation auf Verschaffung (dare) der Sache, bezw. eines dinglichen Rechtes an derselben, gleichviel wem sie gehören möge, gerichtet ist, da sie mithin gar kein gegenwärtiges Recht des Promittenten an der zu leistenden Sache voraussetzt: so kann auch der Umstand, daß letzterem das Recht entzogen wird, keinen Einfluß auf seine Verbindlichkeit ausüben.[2]) Nur bei denjenigen Obligationen, welche in Voraussetzung eines dem Schuldner an der Sache, die den Gegenstand der Leistung bildet, zustehenden Rechtes eingegangen werden, wie Kauf, Tausch, Miethe, kann der eintretende Rechtsverlust überhaupt in Betracht

2) Vgl. l. 137 §. 4 fin. D. de V. O. 45, 1. Brinz, Pand. II. §. 278. Anm. 13. 20.

kommen. In welcher Weise er da Berücksichtigung findet, ist hier nicht weiter zu erörtern.

Was nun aber den Rechtsverlust bei der Vermächtnißforderung anbetrifft, so kommt es zunächst darauf an, ob derselbe ohne Zuthun des Belasteten eingetreten ist oder ob dieser ihn selbst herbeigeführt hat.

I. Bleiben wir beim ersteren Falle stehen, so tritt derselbe wieder in so verschiedenen Gestaltungen auf, daß eine durchgreifende Regel, welche überall Anwendung finden könnte, sich gar nicht aufstellen läßt. Ist der Rechtsverlust die Folge eines schuldhaften, d. h. die durch die letztwillige Verfügung begründete Obligation verletzenden, Verhaltens des Belasteten, so bedarf es keines Beweises, daß derselbe auf das Interesse in Anspruch genommen werden kann.[3]) So z. B. wenn durch die Nachlässigkeit des Belasteten die vermachte Sache aus seinem Besitze kommt und von einem Dritten ersessen wird. Oder wenn infolge der Versäumniß der cautio damni infecti das Grundstück ex secundo decreto dem in den Besitz Eingewiesenen zugefallen ist. Ferner wenn der Belastete den ihm zuständigen Nießbrauch, dessen Ausübung er dem Bedachten überlassen sollte durch non usus verloren hat.[4]) Selbstverständlich wird in allen Fällen vorausgesetzt, daß der Vermächtnißnehmer sich nicht selbst einer Mora schuldig gemacht hat.

Abgesehen von der Verschuldung des Onerirten kann seine Haftung und der Umfang derselben fraglich werden.

a. So wird es füglich nicht bezweifelt werden können, daß, wenn dem Erben die vermachte Sache auf dem Wege der Zwangsvollstreckung abgepfändet und verkauft wird, die

3) Vgl. §. 1526. d. S. 224. 227.

4) Dieser Fall gehört strenge genommen nicht hieher, sondern es ist die Leistung des Vermächtnißgegenstandes, wie beim Untergange der vermachten Sache, unmöglich geworden.

Vermächtnißforderung unverändert fortbesteht. Dabei ist es gleichgültig, ob die vermachte Sache selbst geschuldet war oder ob es sich um eine anderweitige Forderung handelte, und ebenso wenig darf hier zwischen Nachlaßschulden und eigenen Schulden des beschwerten Erben unterschieden werden. Es kann somit nach wie vor die Leistung der Sache selbst, also deren voller Werth verlangt werden, nicht etwa bloß der Erlös aus dem Verkaufe, welcher dem Beschwerten zu Gute gekommen ist. Nicht anders verhält es sich, wenn die für eine Schuld des letzteren oder des Erblassers verpfändete Sache vom Gläubiger verkauft wird.[5]) Bildet der dem Beschwerten zustehende Nießbrauch den Gegenstand des Vermächtnisses und derselbe geht durch Confusio unter, indem ersterer den Proprietar beerbt, so wird der Vermächtnißnehmer Bestellung eines neuen Nießbrauches auf Lebenszeit des Beschwerten verlangen können.

b. In anderen Fällen wieder hat der Belastete das ihm für die entzogene Sache zugekommene Aequivalent — also weder Sachwerth noch Interesse — zu leisten. Hieher gehört die Entscheidung Papinians in l. 78 §. 1 D. de legat. II.:[6])

5) l. 6 C. de fideic. 6, 42. Praedia obligata per legatum vel fideicommissum relicta — (si) a creditore distracta sunt, pretium heres exsolvere cogetur. Das pretium scheint hier nicht von dem durch den Pfandverkauf gelösten Preis, sondern von dem Werthe der Pfandsache verstanden werden zu müssen. — Wenn man hier noch zur Noth eine „Verschuldung" des Erben herausklügeln könnte, da er verpflichtet gewesen wäre, den Gläubiger abzufinden, so ist dies bei der Zwangsvollstreckung schlechterdings unmöglich.

6) Vgl. auch Cujacius recitt. in l. IX. resp. Papin. In dem comm. ad. tit. D. de legat. II. versteht er die Stelle von einer nach Leistung des Vermächtnisses erfolgten Restitution.

Cum post mortem emptoris venditionem reipublicae praediorum optimus maximusque princeps noster Severus Augustus rescindi heredibus pretio restituto iussisset, de pecunia legatario, cui praedium emptor ex ea possessione legaverat, coniectura voluntatis pro modo aestimationis partem solvendam esse respondi.

Der Erblasser hatte von einer Gemeinde einen Gütercomplex gekauft und ein einzelnes Grundstück daraus vermacht; nach seinem Tode ist der Gemeinde gegen den Verkauf Restitution ertheilt worden. Der Vermächtnißnehmer soll hier einen dem Werthe des vermachten Grundstückes verhältnißmäßig entsprechenden Theil des dem Erben zurückgezahlten Kaufpreises erhalten.[7]) Diese Entscheidung wird auf den muthmaßlichen Willen des Testators gegründet, fließt also aus einer freieren Auslegung des Vermächtnisses[8]) und es ist somit der Schluß gestattet, daß strenge genommen, also wenn man von dem erblasserischen Willen ganz absehen wollte, der Vermächtnißnehmer keinen Anspruch erheben könnte. Dann wäre hier durch den Rechtsverlust — zwar keine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten, aber doch — der Erbe von seiner Verpflichtung befreit worden. Der Grund ist klar. Der Testator hatte das Grundstück als sein eigenes vermacht. Durch die Rescission des Verkaufes ist aber der frühere Rechtszustand wieder hergestellt, und es muß als gleichgültig erscheinen, ob diese vor oder nach Leistung des Vermächtnisses erfolgt ist. Wenn nun statt des

7) Angenommen die ganze Begüterung im Werthe von 4000 wäre für 3000 gekauft, so würde der Legatar, dem ein Grundstück im Werthe von 800 vermacht war, jetzt 600 fordern können.

8) Die Stelle handelt übrigens wohl von einem Fideicommiß, wie aus den vorangehenden und den nachfolgenden Erörterungen Papinians hervorgeht.

Grundstückes, das dem Erben entzogen ist, ein verhältnißmäßiger Theil des diesem zurückerstatteten Kaufpreises dem Vermächtnißnehmer geleistet werden soll, so wird damit die Zuwendung des Testators, wie auch sonst häufig,[9]) seinem Willen entsprechend in anderer Gestalt aufrecht erhalten.

Wir können daraus mit Sicherheit die Regel ableiten, daß die Verbindlichkeit aus dem Vermächtniß erlischt, wenn der Belastete das Recht an der vermachten Sache (sei es eine eigene oder eine Erbschaftssache) überhaupt aus einem schon beim Erwerbe derselben vorhandenen Rechtsgrunde verliert. So wenn dem Erblasser oder Erben nur widerrufliches oder entziehbares Eigenthum an der Sache zustand und der Eigenthumsverlust vor Entrichtung des Vermächtnisses eintritt;[10]) würde doch auch die später eintretende Aufhebung des Eigenthums den Legatar treffen. Andererseits aber bleibt der Anspruch des Vermächtnißnehmers bestehen, wenn und insoweit dem Belasteten für die Sache ein Aequivalent zu Theil wird.

9) Vgl. oben S. 69 fg. 110. 181.

10) Z. B. das Eigenthum war ein resolutiv bedingtes, oder es tritt die Bedingung ein, unter der die Sache früher einem Anderen mit dinglicher Wirkung vermacht war, oder die Usucapion der ersessenen Sache, welche den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, wird rescindirt. Jedoch ist es in den beiden ersten Fällen nicht ausgeschlossen, daß der Vermächtnißwille darauf gerichtet war, dem Legatar solle in jedem Falle die Sache verschafft oder deren Werth geleistet werden. Diese Annahme würde allemal voraussetzen, daß der Erblasser in Kenntniß der möglicherweise eintretenden Aufhebung des Eigenthumes die Sache vermacht hat; sie würde aber durch diese Kenntniß allein noch nicht begründet werden. Im Einzelnen ist hier alles quaestio facti. (Vgl. l. 81 pr. D. de legat. I. l. 105 D. de C. et D. 35, 1, in welchen Stellen aber das zweite Vermächtniß ein Vindicationslegat ist.)

c. Die gleichen Grundsätze sind auch bei der Eviction des Vermächtnißgegenstandes zur Anwendung zu bringen. Diese kann überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn die Sache als eine eigene, d. h. dem Erblasser oder dem Belasteten gehörige vermacht war,[11]) wobei es im Uebrigen unerheblich ist, ob vor oder nach Entrichtung des Vermächtnisses die Eviction stattfindet. Keinesfalls kann hier der Vermächtnißnehmer die Leistung der Sache selbst beanspruchen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Belastete durch die Eviction von seiner Verpflichtung schlechthin befreit werde. Vielmehr bleibt die Vermächtnißforderung bestehen und der Legatar kann jetzt den Werth der Sache, soweit der Belastete ihn infolge der Eviction von seinem Auctor erlangt hat, oder Abtretung des demselben zustehenden Evictionsanspruches verlangen.[12]) Dies erfordert schon eine dem Willen des Vermächtnißgebers entsprechende Auslegung der letztwilligen Zuwendung. Denn daß der Belastete hier von der Verpflichtung, die Sache selbst zu leisten, obwohl doch die Leistung selbst nicht unmöglich geworden ist, befreit wird, beruht auch einzig auf einer den Willen des Vermächtnißgebers zur Geltung bringenden Auslegung. So wird er andererseits mittelst derselben Auslegung zur Leistung des ihm selbst zugeflossenen Aequivalentes der Sache verpflichtet, damit die wohlwollende Absicht des Erblassers soweit möglich erreicht werde.

Auch dann wenn erst dem Legatar selbst die hingegebene Sache evincirt wird, kann er aus dem Vermächtniß

11) Vgl. Arndts in dem Comment. Th. 46 S. 160. fg.

12) Ob hier beim Damnationslegat (und ebenso beim Vindicationslegat zufolge des SC. Neronianum) die Klage auf rem dari oportere ging oder mit actio incerti ex testamento der Anspruch geltend gemacht wurde, mag dahingestellt bleiben.

gegen den Belasteten Anspruch erheben.[13]) Daß letzterer aber gegen seinen Auctor einen Evictionsanspruch — wenn ein solcher überhaupt aus dem Erwerbsgeschäft begründet war — auch nach Entrichtung des Vermächtnisses behält und nicht etwa wegen „mangelnden Interesses" verliert, und einen solchen somit auch dem Legatar auf seine Vermächtnißforderung abtreten kann, wird, wenn es dafür noch eines Beweises bedürfte, unzweifelhaft dargethan durch l. 59 D. de evict. 21, 2:

> Pomponius l. II. ex Plautio. — Si res quam a Titio emi legata sit a me, non potest legatarius conventus a domino rei venditori meo denuntiare, nisi cessae ei fuerint actiones.[14])

13) Anders, wie es scheint, die herrschende Meinung, die im Grunde genommen auf einer petitio principii beruht. Danach haftet der Erbe dem Vermächtnißnehmer nicht wegen Eviction und er kann seinen Auctor nicht in Anspruch nehmen, weil er selbst dem Legatar nicht haftet. Dieser circulus vitiosus wird aber abgethan durch einfache Verweisung auf l. 14 pr. D. mand. 17, 1. l. 8 §. 3 eod. l. 36 D. de fidej. 46, 1. l. 81 pr. D. de furt. 47, 2; vgl. auch Brinz, Pand. II. S. 285 fg. Daß die Evictionshaftung des Auctors wegfällt, wenn der Erwerber die Sache verschenkt hat, soll nicht bestritten werden; anders wäre es aber wieder, wenn die Sache aus einer schenkungshalber eingegangenen Stipulation geleistet war. Wie sich dies beim Schenkungsversprechen des neueren Rechts verhalte, ist hier nicht weiter zu erörtern. Uebrigens mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß in dem alt hergebrachten Formular der Evictionsstipulation (Bruns fontes iur. Rom. ed. V. p. 256 sqq.) das „habere licere" auch auf denjenigen „ad quem ea res pertinebit" erstreckt war.

14) Der Schlußsatz: „vel quodam casu hypothecas habet" ist unverständlich. Schulting, notae ad Dig. ad h. l. und

Der Legatar kann sich also an den Verkäufer nur dann halten, wenn ihm der Evictionsanspruch vom Erben cedirt ist. Also muß letzterem doch ein solcher überhaupt zustehen. Und wenn er ihm zusteht, kann er denselben entweder cediren, oder, falls er dies nicht will, für den Legatar, von welchem der Eigenthümer die Sache vindicirt, eintreten und selbst die Denuntiation an seinen Verkäufer ergehen lassen, welchen er dann nach erfolgter Abstreitung der Sache in Anspruch nimmt. Hatte der Belastete selbst keinen Evictionsanspruch (so, wenn er oder der Erblasser die Sache durch Schenkung oder in Kenntniß des mangelnden Rechtes des Veräußerers erworben hatte), so würde natürlich auch der Vermächtnißnehmer von ihm nichts erlangen können.

Beiläufig muß bei dieser Gelegenheit gegen die allgemein verbreitete Auffassung[15]) Widerspruch erhoben werden, daß wenn der Erblasser wissentlich eine fremde Sache vermacht hat, der Beschwerte allemal verpflichtet wäre, dieselbe dem Legatar zu verschaffen und ihm folgerichtig[16]) im Falle der Eviction haftete. In dieser Allgemeinheit kann

Glück in dem Comment. Th. 20. S. 409 Anm. 95 verstehen dies von einer vom Verkäufer für seine Evictionsverbindlichkeit dem Käufer eingeräumten und von diesem auf den Legatar übertragenen Hypothek; was doch, da die Evictionsforderung selbst nicht cedirt ist, kaum denkbar erscheint. Ganz unmöglich ist der von Huschke, zur Pandektenkritik Leipz. 1875 S. 69 gemachte Vorschlag, hinter hypothecas zu ergänzen eas und den Zusatz von einer dem Legatar an den actiones zustehenden Hypothek zu verstehen, „indem der Erbe etwa ihm für das Legat eine Generalhypothek bestellte." Vermuthlich steckt in dem Zusatz ein auf Mißverständniß beruhendes Glossem.

15) S. Arndts a. a. O. S. 153 fg.

16) Es ist dies freilich eine Consequenz, die nicht von Allen gezogen wird.

der Grundsatz nicht aufrecht erhalten werden; er ist weder in den Quellen begründet, noch läßt er sich innerlich rechtfertigen. Die Quellen bestimmen nur, daß das Vermächtniß einer fremden Sache, für deren Eigenthümer der Erblasser sich irrthümlich hielt, abgesehen von den bekannten Ausnahmen, unwirksam sei. M. a. W. es erzeugt keine Forderung auf Leistung der Sache (kein dari oportere); oder positiv ausgedrückt, es wird dadurch einzig dann, wenn der Erblasser seinen Rechtsmangel kannte, der Erbe obligirt, die Sache dem Legatar zu verschaffen und ihm für den Rechtsmangel im Falle der Eviction einzustehen. Damit aber, daß nur unter der letzteren, vom Legatar zu beweisenden Voraussetzung dieser die Leistung der Sache, also die Eigenthumsverschaffung fordern könne, ist doch noch keineswegs erklärt, daß auch stets, wenn diese Voraussetzung zutrifft, die Sache in das Eigenthum des Legatars gebracht werden müsse.[17]) Es würde gewiß in vielen Fällen dem Willen des Vermächtnißgebers widersprechen, wollte man eine solche Verpflichtung dem Erben ausnahmslos aufbürden. Vielmehr muß letzterem der Gegenbeweis offen stehen, daß der Erblasser ihn nicht mit der Anschaffung der Sache und der Haftung für Eviction derselben habe belasten wollen, trotzdem ihm der Rechtsmangel wohl bekannt war.

Wie der Belastete, auch wenn der Erblasser die Sache irrthümlich als die seinige oder dem ersteren gehörige vermacht hat, doch, falls er sich im Besitze befindet, verpflichtet bleibt, dieselbe dem Legatar herauszugeben und dadurch für diesen die Möglichkeit der Ersitzung zu be-

17) Es wäre überflüssig zu bemerken, daß man sich dawider nicht auf den Wortlaut der l. 10 C. de legat. 6, 37 berufen darf. Vgl. auch oben S. 26 Anm. 50.

gründen,[18]) so kann nach Lage der Umstände auch im umgekehrten Falle der Kenntniß des Erblassers die Verpflichtung des Belasteten aus dem Vermächtniß eben hierauf beschränkt sein. So wird z. B. der Wille des Erblassers, welcher eine Sache vermacht, von der er sehr wohl weiß, daß sie ihm geliehen ist, allerdings darauf gerichtet sein, daß der Erbe dieselbe dem Vermächtnißnehmer verschaffen solle, wenn man nicht annehmen will, daß der Erblasser sich bloß einen schlechten Scherz habe erlauben wollen, eine Absicht, die ihm eben nicht untergeschoben werden darf. Aber ganz anders würde es sich verhalten, wenn der Erblasser eine Sache, in deren Usucapionsbesitz er sich befindet, nachdem er Kenntniß von dem fremden Eigenthum erlangt hat, vermacht.[19]) Oder wenn den Gegenstand des Vermächtnisses eine im Besitze des Erben, der sich selbst für

18) Arndts, a. a. O. S. 179. 182.

19) Der gesetzte Fall wäre auch für das heutige Recht, obwohl durch mala fides superveniens die Ersitzung unterbrochen wird, nicht unpraktisch. Ja man braucht gar nicht einmal einen redlichen Erwerb des Erblassers vorauszusetzen. Man nehme folgendes Beispiel. Der Erblasser weiß, daß ihm die Sache nicht gehört und daß er sie nicht ersitzen kann, kennt aber vielleicht den Eigenthümer nicht, oder meint, daß das ursprüngliche Eigenthum im Laufe der Zeit in Vergessenheit gerathen sei. Er vermacht nun die Sache in dem Glauben, daß sie auch der Legatar unangefochten werde behalten oder selbst ersitzen können. Es mag dies eine Unredlichkeit sein, aber jedenfalls berechtigt uns dies nicht, den erblasserischen Willen umzudeuten und dem Erben eine Verpflichtung aufzuerlegen, an die der Vermächtnißgeber selbst nicht gedacht hat. Es braucht übrigens nicht bemerkt zu werden, daß ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Empfängers, wie bei der wissentlichen Schenkung einer fremden Sache, hier undenkbar ist.

den Eigenthümer hält, befindliche Sache bildet, während dem Erblasser bekannt ist, daß sie demselben nicht gehört. Hier dem Vermächtnißnehmer einen Anspruch auf Verschaffung der Sache bezw. Leistung ihres Werthes zu gewähren, wenn sie dem Beschwerten oder ihm selbst nach erfolgter Hingabe vom Eigenthümer abgenommen wird, das würde durch die Rücksichtnahme auf den eigentlichen Willen des Erblassers entschieden ausgeschlossen sein.

d. Noch ein anderer Fall gehört in diesen Zusammenhang. Wenn nämlich der Antheil des Erblassers oder des Belasteten an einer gemeinschaftlichen, insbesondere unbeweglichen Sache vermacht ist und dieser dem anderen Miteigenthümer adjudicirt wird, so bildet nunmehr die richterlich festgestellte Abfindungssumme den Gegenstand des Vermächtnisses.[20]) Ob dies von jeher beim Damnationslegat galt, darf allerdings in Zweifel gezogen werden. Denn wenn man davon ausgeht, daß das Damnationslegat eine strenge Verpflichtung auf dare erzeugt, so müßte man zu demselben Resultat, wie bei der durch Stipulation begründeten Obligation gelangen, nämlich daß vom Belasteten nach wie vor die Leistung des Antheiles also die volle aestimatio gefordert werden könne.[21]) Je-

20) Handelt es sich um ein Vindicationslegat oder im justinianischen Recht um das Vermächtniß einer Erbschaftssache überhaupt, so würde dem Legatar auch die partis vindicatio gegen den Adjudikatar offen stehen. Von besonderer Wichtigkeit würde ihm aber hier die persönliche Klage gegen den Erben sein, wenn der zugesprochene Antheil bereits ersessen wäre.

21) Ich hebe dies deswegen ausdrücklich hervor, weil Mommsen, Beiträge I. S. 39 Anm. 4, Erörterungen I. S. 114 fg. anzunehmen scheint, daß bei der Stipulation — und nach älterem Recht auch bei dem Damnationslegat — eines Antheiles der gemeinschaftlichen Sache der Schuldner durch

doch führte eine freiere Beurtheilung der Vermächtnißforderung zu einer abweichenden Behandlung. Man konnte sagen, daß im Sinne des Erblassers der Erbe nicht über das ihm selbst Verbleibende hinaus haften solle, also mit der empfangenen Adjudikationssumme bezw. der Cession seines Anspruches auf diese den Legatar abfinden könne.[22])

Dagegen wäre unbegründet die Annahme, daß, wenn dem Belasteten die gemeinschaftliche Sache gegen Abfindung des Miteigenthümers zugesprochen worden ist, nun auch der Legatar berechtigt oder verpflichtet wäre, die ganze Sache gegen Erstattung der Abfindungssumme zu fordern bezw. zu übernehmen. Dies würde schon der Natur der Ver-

die Adjudikation desselben an den Miteigenthümer überhaupt befreit wurde. Es ist dies nur eine Consequenz seiner Auffassung, daß Verlust des Rechts an der zu leistenden Sache für den Schuldner eine „wahre subjektive Unmöglichkeit" der Leistung begründe, bei welcher sonst — aber nicht in den in Rede stehenden Fällen — der Gläubiger bloß das „stellvertretende commodum" beanspruchen könne. Diese Auffassung ist selbst in dem Falle unhaltbar, wenn die Stipulation nicht auf die Sache schlechthin, sondern auf die dem Schuldner gehörige Sache (z. B. servum Stichum tuum, partem dimidiam tuam fundi Corneliani u. dgl.) gerichtet war. Denn diese nähere Bestimmung des Objektes könnte doch nur auf die Zeit der Eingehung der Stipulation (also der Begründung der Obligation), nicht auf die Zeit der Erfüllung bezogen werden. Folgerichtig müßte nach Mommsen der Stipulationsschuldner ja auch sofort befreit werden, wenn sine facto desselben die promittirte Sache von einem Dritten ersessen wird, was keiner Widerlegung bedarf.

22) Aus der Entscheidung in betreff der Adjudikation und des S. 353 unter b. behandelten Falles ergiebt sich ganz von selbst, daß bei Expropriation der vermachten Sache der Legatar die Entschädigungssumme fordern kann.

mächtnißforderung als einer einseitigen Forderung widersprechen. Vielmehr bleibt nach wie vor der Belastete nur zur Abtretung seines Antheiles, also eventuell zur Leistung des Werthes desselben verpflichtet.[23])

Wie aber wenn die act. communi dividundo zu einer reellen Theilung des vermachten gemeinschaftlichen Grundstückes geführt hat? Strenge genommen, würde auch hiedurch der Anspruch des Legatars auf den ursprünglichen ideellen Theil nicht aufgehoben werden.[24]) Indessen wenn man hier ebenfalls in Betracht zieht, daß der Legatar vom Belasteten nach der Absicht der letztwilligen Zuwendung nur fordern kann, was diesem selbst verblieben ist, so ergiebt sich, daß durch die Herausgabe des dem Belasteten adjudicirten Stückes mitsammt der ihm behufs Ausgleichung der Theile etwa zuerkannten Geldentschädigung — bezw. gegen Erstattung oder Uebernahme der ihm auferlegten Abfindung des Gegners — die Vermächtnißobligation erfüllt wird.[25]) Es tritt somit das adjudicirte Stück des Grundstückes an die Stelle des vermachten Antheiles: was jedoch nur so

23) Die bekannte Entscheidung in l. 13 §. 17 D. de A. E. V. 19, 1. vgl. l. 7 §. 13 D. comm. div. 10, 3. l. 78 §. 4 D. de J. D. 23, 3 (worüber überhaupt Hartmann a. a. O. S. 452) läßt sich nicht ohne Weiteres auf das Vermächtniß übertragen. Es würde sonst in dem einem Falle der Onerirte, in dem anderen der Legatar leicht dem Willen des Vermächtnißgebers zuwider benachtheiligt werden. Der naheliegende Einwand, daß bei Leistung des vermachten Antheiles selber, nun es doch wieder zum Theilungsverfahren kommen würde, ist nicht stichhaltig, da es sich ja nicht absehen läßt, wie dann die Verhältnisse sich gestalten werden.

24) Auf l. 31 D. de usufr. leg. 33, 2 könnte man sich hiefür freilich nicht berufen; denn dort handelt es sich um ein dingliches Nießbrauchsvermächtniß an dem Antheil.

25) Das würde sich wieder bei der Stipulation anders verhalten.

verstanden werden darf, daß der Belastete sich durch Herausgabe desselben von seiner Verbindlichkeit befreit, aber nicht etwa, daß die Forderung und Klage des Legatars statt auf den Antheil nunmehr auf die pars pro diviso gerichtet wäre. Es bleibt mithin dem Belasteten unbenommen, den Werth des ursprünglichen Antheiles dem Legatar zu leisten.

Soviel über die Fälle, in welchen der Belastete ein Aequivalent für die Sache erlangt hat. Ist ihm ohne ein solches das Recht an der Sache entzogen, so wird er, vorausgesetzt daß ihn keine Schuld trifft, von seiner Verpflichtung befreit. So z. B. wenn ohne sein Verschulden die schon vor oder erst nach dem Erbschaftsantritt in den Besitz eines Dritten gekommene Sache ersessen wird. So unzweifelhaft es ist, daß die Verbindlichkeit aus der Stipulation hier unverändert fortbesteht, so gewiß wird die durch das Vermächtniß begründete Obligation erlöschen. Der Verlust des Rechtes muß hier dem Untergange der Sache gleich behandelt werden.[26])

II. Wir wenden uns nunmehr zu der Betrachtung der Fälle, in denen der Belastete sein Recht an der Sache selbst aufgegeben hat. Es handelt sich hier vornehmlich um eine Veräußerung oder Rechtsübertragung.[27]) Dabei werden wir zunächst unterscheiden müssen, ob die Veräußerung

26) Vorausgesetzt nur, daß nach dem Willen des Erblassers der Erbe bloß verpflichtet sein sollte, die betr. Erbschaftssache oder ihm selbst gehörige Sache abzutreten. Und dieser Wille muß vermuthet werden.

27) In Betracht käme nur noch der Fall der Dereliction. Aber wenn ein Dritter die aufgegebene Sache sich angeeignet hat, so verhält es sich wesentlich ebenso, wie bei der Rechtsübertragung; ist dagegen die Sache sonst weggekommen, so steht dies dem Untergange gleich.

in Kenntniß oder gerechtfertigter Unkenntniß des Vermächtnisses vor sich gegangen ist.

A. Daß im ersten Falle der Belastete zur Leistung der Sache verpflichtet bleibt und grundsätzlich auf das volle Interesse haftet, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Und ebenso wenig bedarf es eines Beweises, daß es hier auch nicht darauf ankommen kann, ob die Sache entgeltlich oder unentgeltlich veräußert wurde, ob sie dem Erblasser oder dem Belasteten gehörte. Auch wenn der vermachte Gegenstand bereits einem Anderen, sei es aus einem Vertrage oder sei es aus einem Vermächtniß, geschuldet war, befreit sich der Belastete durch Leistung an den ersten Gläubiger in keiner Weise von der ihm obliegenden Verbindlichkeit. Auch erlischt dieselbe nicht, wenn behufs Befriedigung vom Nachlaßgläubiger die vermachte Sache verkauft wird.[28]) Andererseits aber kann der Belastete, wenn er durch Betrug, Zwang oder Drohung zur Uebertragung seines Rechtes an dem Vermächtnißgegenstande bestimmt wurde, nur zur Abtretung seiner Klagen und Herausgabe des etwa empfangenen Entgeltes an den Vermächtnißnehmer angehalten werden.[29])

Hat endlich die Veräußerung mit Zustimmung des Legatars stattgefunden, so wird der Belastete von der Verpflichtung, die Sache selbst zu leisten, jedenfalls befreit. Ob aber die Vermächtnißforderung überhaupt noch bestehen bleibe und worauf sie nunmehr gerichtet sei, das ist ledig-

28) S. auch l. 14 §. 1 D. de relig. 11, 7.

29) Dies ist natürlich nur dann von praktischer Bedeutung, wenn die Sache selbst schon dem Betrüger u. s. w. hingegeben war; denn befindet sich der Belastete noch im Besitze der von ihm etwa bloß mancipirten Sache, so könnte der Legatar nach ihrem Empfange mittelst exc. doli oder metus die Vindication des ersteren zurückweisen.

lich eine Thatfrage, die aus den bei der Veräußerung obwaltenden Umständen durch Auslegung der Zustimmungserklärung des Legatars entschieden werden muß. So ist es klar, daß wenn mit Einwilligung des letzteren die vermachte Sache schenkweise oder zum Zwecke einer Dosbestellung fortgegeben wird, der Vermächtnißanspruch selbst (mittelst exc. doli) aufgehoben wird. Auch wenn der Vermächtnißgegenstand kauf- oder tauschweise veräußert wird, kann die Zustimmung des Vermächtnißnehmers einen Verzicht auf das Vermächtniß enthalten. Möglicherweise aber soll auch nach Absicht der Parteien der Kaufpreis oder der eingetauschte Gegenstand oder der Werth des veräußerten dem Vermächtnißnehmer geleistet werden.

Hierher gehört zunächst l. 92 pr. D. de legat. I:[30])

> Julianus l. 39 Digest. — Si fundum per fideicommissum relictum unus ex heredibus, excusso pretio secundum reditum eius fundi, mercatus sit propter aes alienum hereditarium praesente et adsignante eo, cui fideicommissum debebatur, placet non fundum, sed pretium eius restitui deberi. — Marcellus notat: si fundum restituere malit heres, audiendum existimo.

An einen Miterben wird hier das fideicommissarisch vermachte[31]) Erbschaftsgrundstück zu einem nach dem Durchschnittsertrag desselben festgestellten Preis verkauft, damit

30) Soweit diese Stelle und die folgende auf die fragliche in rem missio — aus welcher sie erst ihr volles Verständniß gewinnen — bezogen werden können, wird von ihnen in §. 1528. II. gehandelt werden.

31) Ein bedingtes Vermächtniß anzunehmen, wie, nach dem Vorgange von Bartolus, Cujacius Recitt. in l. 39 Juliani Digest. und in tit. D. de leg. I. (unter Beistimmung von Schulting, not. ad Digest.) will, ist selbst für das justinianische Recht unnöthig.

aus letzterem dringlich gewordene Erbschaftsgläubiger abgefunden werden können. Vermuthlich hat der kaufende Erbe zugleich die Befriedigung der Gläubiger übernommen. Beim Abschluß des Kaufvertrages ist der Vermächtnißnehmer selbst zugezogen und hat die Kaufurkunde als Zeuge mit besiegelt.[32]) Die Entscheidung lautet: nicht das Grundstück, sondern der Preis sei ihm herauszugeben. Der Grund derselben ist offenbar darin zu finden, daß der Fideicommissar selbst als Urkundszeuge mitgewirkt und damit stillschweigend seine Zustimmung zum Verkaufe des Grundstückes erklärt habe. Darin ist zwar keine Ausschlagung des Vermächtnisses selbst enthalten, aber jedenfalls hat der Fideicommissar den Verkauf des Grundstückes als für ihn selbst verbindlich anerkannt, so daß er die Restitution desselben nicht mehr verlangen kann. Auf die Leistung des Grundstückes hat er mithin Verzicht geleistet und mit einer Abfindung durch den festgestellten Preis sich einverstanden erklärt.[33]) Sonst hätte der Miterbe auch nicht das

32) Ueber das adsignare der Urkunden s. Bruns, Unterschriften in den röm. Rechtsurkunden (aus der Abhandl. der Berlin. Akad. d. Wissensch. 1876) S. 119 fg. vgl. Huschke, Lehre vom Darlehen S. 101. Sonst vgl. noch l. 39 D. de pign. act. 13, 7. l. 20 D. de auct. tut. 26, 8. und über die Wirkung des subscribere l. 8 §. 15 D. qu. m. pign. 20, 6. l. 9 §. 1 eod. l. 26 §. 1 D. de pign. 20, 1. l. 8 D. de resc. vend. 18, 5.

33) Die Entscheidung widerspricht keineswegs der in l. 120 §. 1 D. de legat. I. vgl. l. 88 § 14 eod. II., wonach die Zustimmung zum Verkauf als Verzicht auf das Fideicommiß überhaupt gelten soll; denn dort ist das thatsächliche Verhältniß ganz anders gestaltet. Cujacius l. c. und in comm. ad tit. D. de leg. II. in l. 34 §. 2 macht sich viel unnütze Mühe, den angeblichen Widerspruch zu beseitigen. Wenn er die Stellen durch die Annahme vereinigen will,

Grundstück übernommen. Dem Fideicommissar würde also, wenn er das Grundstück fordert, exc. doli entgegenstehen.

Nun ist es aber bemerkenswerth, daß, wie Marcellus der Entscheidung Julians hinzufügt, die Erben dem Fideicommissar gegenüber durch den Verkauf nicht gebunden sein sollen. Dieser dürfe also das Grundstück, wenn es der Erbe, welcher es erstanden hat, restituiren wolle, nicht zurückweisen. Auch dies entspricht durchaus der wohlverstandenen Absicht der Betheiligten. Nicht in der Meinung war der Fideicommissar zum Verkauf zugezogen, um eine Verpflichtung zur Leistung des Preises an Stelle des Grundstückes für die Erben zu begründen — dazu hätte es ja auch eines besonderen Vertrages und zwar im römischen Recht einer Stipulation zwischen den Erben und dem Vermächtnißnehmer bedurft —, sondern lediglich, um einer Anfechtung des Verkaufes seitens des Fideicommissars vorzubeugen.[34])

Nur in einer Beziehung könnte die Note des Marcellus Bedenken erregen. Offenbar haften alle Miterben dem Vermächtnißnehmer antheilsweise. Wenn nun der Jurist dem Erben, welcher das Grundstück gekauft hat, die Befugniß einräumt, dieses selbst zu restituiren, so scheint

daß dort der Vermächtnißnehmer seine Einwilligung ausdrücklich erklärt habe, hier nicht („testis vel signator non consensit"), so müßte derselbe hier doch das Grundstück beanspruchen können. Und im Uebrigen könnte doch ein stillschweigender (mittelbarer) Verzicht auf das Fideicommiß nicht eine schwächere Wirkung haben, als ein ausdrücklicher.

34) Stellen wir uns auf den Standpunkt des justinianischen Rechts, so hat der Vermächtnißnehmer zwar seinen Eigenthumsanspruch aufgegeben, aber geleistet werden kann ihm die Sache nach wie vor.

er davon auszugehen, daß der Vermächtnißnehmer gegen denselben allein den Anspruch aus dem Fideicommiß geltend machen und das Ganze von ihm einfordern könne.[35]) Wäre dies in der That die Meinung des Juristen, so müßten wir annehmen, daß die Miterben ihre Kaufgeldforderung an den Fideicommissar abgetreten hatten, so daß der Käufer des Grundstückes überhaupt die Befriedigung des letzteren, wie der Erbschaftsgläubiger unter Vorbehalt der Abrechnung mit den ersteren übernommen hätte. Man könnte aber auch voraussetzen, daß der Erbe, welcher das Grundstück gekauft hatte, von dem Fideicommissar — sei es zugleich mit den Miterben, sei es zuerst — auf den verhältnißmäßigen Theil des Preises in Anspruch genommen, oder aus freien Stücken zur Herausgabe des Grundstückes sich bereit erklärt, weil es etwa weniger werth war oder weil er die geforderte Summe nicht zu zahlen vermochte. Möglich wäre es endlich — was freilich erst durch eine Erörterung der in rem missio dargelegt werden kann —, daß der Fideicommissar gegen den Käufer als Besitzer des Grundstückes vorgeht und dieser, ohne sich auf die Mitwirkung des ersteren beim Verkaufe zu berufen, sich zur Restitution des Grundstückes versteht. Gleichviel, jedenfalls würde er nach Herausgabe des Grundstückes von seinen Miterben, sei es mit act. familiae erciscundae oder mit act. negotiorum gestorum, Erstattung der den Erbschaftsgläubigern geleisteten Zahlung und Befreiung von der Kaufgeldschuld, bezw., wenn er den Kaufpreis bereits entrichtet hatte, Zurückgabe desselben fordern können. So ist denn in dem Ausspruche des Marcellus, daß der Käufer mit dem Verlangen, das Grundstück selbst zu restituiren, Gehör finden müsse, zugleich die Entscheidung enthalten, daß auch dieser Erbe den Miterben

35) So auch Cujacius loc. cit.

gegenüber nicht an den Kauf gebunden sein soll, wenn er es vorziehe, das Grundstück dem Fideicommissar herauszugeben.[36]) Auch dies beruht auf einer vernünftigen Auslegung des Parteiwillens beim Verkaufe des Grundstückes. Denn derselbe erfolgte an den Miterben nicht des Gewinnes halber, sondern necessitate urgente einzig in der Absicht, um Geld zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger zu beschaffen. Sind nun diese abgefunden und hat der Fideicommissar das Grundstück selbst erhalten, so ist der gewollte Zweck erreicht und die anderen Miterben werden nicht noch den Vortheil beanspruchen können, der ihnen aus einer zu hohen Taxe des Grundstückes sonst zufallen würde, wenn es an einen Dritten verkauft wäre.[37])

Einen ähnlichen Fall behandelt Modestinus in l. 34 §. 2 D. de legat. II.[38]) Der Fideicommissar

36) Ob der Fideicommissar das pretium oder das Grundstück selbst erhält, kann den Miterben gleich sein, da sie in dem einen wie in dem anderen Falle von ihrer Verpflichtung gegen denselben befreit werden. Nehmen wir nun an, der eine Erbe hätte das Grundstück für 3000 von den beiden Miterben übernommen und die Erbschaftsschulden im Betrage von 1500 abgetragen, so würde er nach Herausgabe des Grundstückes an den Fideicommissar noch von jedem Miterben 500 fordern können. Und dies selbst dann, wenn das Grundstück nur 2400 werth wäre; die Miterben würden in diesem Falle nicht etwa jeder bloß 300 zu zahlen haben. Hätten die Miterben doch nicht weniger zu leisten, wenn der Käufer das Grundstück nicht restituirte und dem Fideicommissar der Preis von 3000 ausgezahlt werden müßte.

37) Den gleichen Grundsatz bringt Scävola in der §. 1528. II. zu erörternden l. 89 §. 4 D. de legat. II. zu Gunsten der Erben zur Anwendung.

38) Lucia Titia intestata moriens a filiis suis per fideicommissum alieno servo domum reliquit; post mortem eius

fungirt hier als Zeuge bei der unter den Miterben stattfindenden Erbtheilung, in welche auch das ihm vermachte Grundstück hineingezogen und — so müssen wir hinzudenken — einem derselben zugewiesen wird. Es entsteht nun die Frage, ob der Bedachte hiedurch seinen Anspruch auf das Fideicommiß (fideicommissi persecutio) verloren habe. Die Antwort lautet: nec per doli exceptionem summovetur, nisi evidenter apparuerit omittendi fideicommissi causa hoc eum fecisse [39]). Also nur dann,

filii iidemque heredes cum diviserunt hereditatem matris, diviserunt etiam domum, in qua divisione dominus servi fideicommissarii quasi testis adfuit: quaero, an fideicommissi persecutionem adquisitam sibi per servum eo, quod interfuit divisioni, amisisse videatur? Ueber den Schluß der Stelle s. oben S. 6.

39) Der Satz „nisi — fecisse“ wird von Lenel, palingen. I. p. 749 dem Tribonian zugeschrieben. Bedenklich erscheint mir nur der Ausdruck „hoc eum fecisse,“ der allerdings ungeschickt genug ist; und so kann man wohl zugeben, daß die Compilatoren nicht ihre Hand von der Stelle gelassen haben. Daß der ganze Satz selbst aber ein Anhängsel der letzteren sei, folgt daraus noch nicht. Dann müßte man wenigstens so consequent sein, auch die vorangehenden Worte „sed nec — summovetur“ für interpolirt zu halten. Denn daß Modestinus, wenn man den Schluß der Stelle wegdenkt, in einem Athemzuge aus der indirekten in die direkte Rede („ipso iure amissum non esse, sed nec per doli exceptionem summovetur“) gefallen sein sollte, wird man doch kaum behaupten wollen. Mit der Annahme aber, daß die Compilatoren (man weiß freilich nicht, aus welchem Grunde) summovetur statt summoveri gesetzt hätten, wird auch nichts gewonnen. Denn daß da hinter dem summoveri noch immer etwas fehlen würde, sagt uns schon das logische Gefühl, selbst wenn man auf den Inhalt der ganzen Stelle nicht näher eingeht. So wie sie lautet, steht aber alles in bestem Zusammenhange

wenn sich ganz klar ergiebt, daß er in der Absicht, auf das Fideicommiß zu verzichten, bei dem Erbtheilungsakte mitgewirkt habe, steht ihm die exc. doli entgegen.

Die Differenz zwischen dieser Entscheidung und der Julians in der vorigen Stelle ist ersichtlich. Hier wie dort ist der Fideicommissar als Zeuge bei einem die vermachte Sache betreffenden Rechtsakte zugegen gewesen: dort beim Verkauf derselben an einen Miterben zum Zwecke der Schuldentilgung, hier bei der Ueberlassung derselben an einen Miterben zum Zwecke der Erbtheilung. Also hier wie dort ist das Eigenthum der ganzen Sache durch Tradition der entsprechenden Antheile auf den Miterben und zwar unter stillschweigender Zustimmung des Fideicommissars übergegangen. Dort wurde aus dieser Zustimmung gefolgert, daß der Fideicommissar nicht mehr die Herausgabe der vermachten Sache selber, sondern nur den festgesetzten Preis fordern könne. Hier wird trotz dieser Zustimmung die persecutio fideicommissi zugestanden. Aber ein Widerspruch zwischen beiden Entscheidungen besteht dennoch nicht. Hier wie dort wird ein Verzicht auf das Fideicommiß selbst in Abrede gestellt; darin kommen beide Entscheidungen überein. Andererseits ist in dem Responsum des Modestinus keineswegs ausgesprochen, daß hier der Fideicommissar die Herausgabe des Grundstückes vom Erben, dem es bei der Theilung zugefallen, verlangen könnte. Vielmehr handelt es sich hier ja nur um die Frage, ob der Fideicommißanspruch überhaupt durch Verzicht verloren sei. Daß der Fideicommissar die Restitution des Grundstückes

und auch das direkte summovetur neben dem indirekten amissum non esse ist durchaus an seinem Platze, wenn man sich nur den Thatbestand des Falles zu vergegenwärtigen und in die Deduktion des Juristen hineinzudenken vermag.

(in rem missio) nicht fordern könne, ist dem Juristen selbstverständlich. Denn der Fideicommissar ist deshalb als Zeuge bei der Erbtheilung zugezogen, damit er dem Miterben das Grundstück nicht wieder abnehme; jedenfalls hat er durch sein Stillschweigen seine Zustimmung an den Tag gelegt. Aber der persönliche gegen alle Miterben pro rata zu verfolgende Anspruch auf den — und zwar den bei der Erbtheilung angenommenen — Werth des Grundstückes bleibt durchführbar, wenn nicht der Fideicommissar überhaupt das Vermächtniß abgelehnt hat.[40])

Eine freiwillige Veräußerung enthält auch die noxae deditio des vermachten Sklaven. So entscheidet Ulpian, freilich zweifelnd, in l. 53 §. 4 D. de legat. I. daß der Belastete trotz derselben dem Legatar hafte:

> Sed si noxae dedit, an teneatur, quia potest redimere? et puto teneri.[41])

40) Was Cujacius zu dieser Stelle (Recitt. in tit. II. D. de legat. und in l. X. respons. Modest.) bemerkt, trägt nichts zur Erklärung bei. Von den Erklärungsversuchen der Glosse hebe ich folgende hervor: 1) Es wird hier vorausgesetzt, daß der Fideicommissar keine Kenntniß von dem Vermächtniß hatte; 2) nach Rogerius soll es ankommen auf die Kenntniß des Zeugen von dem Inhalt des Rechtsaktes und auf die „causa quare interfuit divisioni“; 3) nach Joannes ist entscheidend der Umstand, ob auch gegen den Widerspruch des Zeugen der Rechtsakt wirksam vollzogen werden konnte oder nicht.

41) Mommsen, Beiträge I. S. 41. 42. macht sich mit dieser Stelle viel Schwierigkeit, indem er sie mit dem von ihm aufgestellten Grundsatz, daß auch bei freiwilliger Veräußerung der geschuldeten Sache durch den Gläubiger eine Unmöglichkeit der Leistung eintrete, durch welche der Debitor, wenn ihm keine Verschuldung zur Last falle, befreit werde, nicht zu vereinigen vermag. Er erklärt die Entscheidung des Juristen aus dem Umstande, daß die Absicht des Erblassers darauf gerichtet

Der vermachte Sklave hat ein Delikt begangen und der mit der Noxalklage belangte Erbe überträgt denselben dem Geschädigten, statt die litis aestimatio zu leisten. Da der Sklave noch existirt, also von dem Erben zurückgekauft und geleistet werden kann, so soll ihn der Legatar auch aus dem Vermächtniß in Anspruch nehmen können.[42]) Wie weit er hafte, ist in der Stelle nicht ausgesprochen. Zunächst scheint sich aus dem Zusammenhange der ganzen Stelle zu ergeben, daß Ulpian an ein nach dem Antritt der Erbschaft begangenes Delikt denkt. Denn auch §. 3

war, daß der Vermächtnißnehmer den Sklaven als noxa solutus erhalte, und daß somit der Erbe, wenn eine noxa auf dem Sklaven haftete, verpflichtet wäre, den Sklaven davon zu entlasten. Eine Befreiung des Erben durch noxae datio würde der Absicht des Erblassers widersprechen. Jedoch steigt ihm selbst später (Beiträge III. S. 410) aus Gai. l. 70 pr. D. de legat. I. ein Bedenken dagegen auf, welches er durch die Annahme zu beseitigen sucht, daß Ulpian anderer Ansicht wie Gajus gewesen sei; denn sonst hätte er den Erben nur für verpflichtet erklären können, den Sklaven gegen Empfang der litis aestimatio zu leisten. Möglicherweise habe aber auch Ulpian dies wirklich gemeint und alsdann sei die Entscheidung in l. 53 §. 4 cit. auf einen Fall zu beziehen, wo die noxae datio wegen des geringen Betrages der litis aestimatio nicht gerechtfertigt war und deshalb eine Befreiung des Schuldners (Erben) nicht angenommen werden konnte. — Alle diese Suppositionen und Bedenken werden sich, wie ich glaube, durch die folgenden Ausführungen erledigen.

42) In den Worten „quia potest redimere“ ist nur die objektive Möglichkeit, den Sklaven wiederzuerlangen, ausgesprochen. Also auch dann, wenn der Eigenthümer ihn nicht verkaufen will, bleibt die Haftung des Erben bestehen. So wird die Stelle auch von Mommsen a. a. O. aufgefaßt, welcher aber gleichwohl behauptet, daß auf jene Worte kein entscheidendes Gewicht zu legen sei.

und §. 8 sprechen von einem später verübten facinus oder maleficium des vermachten Sklaven. Haftete bereits bei Lebzeiten des Erblassers eine noxa an dem Sklaven, so war der Erbe allerdings nicht verpflichtet, den Sklaven von der auf ihm lastenden Haftung zu befreien, da er vielmehr vollkommen die ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllt, wenn er den Sklaven so, wie er ist, leistet.[43])

Indessen die Entscheidung des Juristen würde auch dann nicht anders ausfallen. Allemal bleibt nämlich der Sklave Gegenstand der Vermächtnißforderung auch nach geschehener noxae deditio, da der Erbe sich selbst in die Lage gesetzt hat, ihn nicht leisten zu können. Und daß diese Entscheidung nicht bloß dem formellen Recht entspricht, sondern innerlich wohl begründet ist und keineswegs mit der Billigkeit in Widerspruch steht, ergiebt sich schon aus der einfachen Erwägung, daß ja sonst der Erbe arglistigerweise den Legatar um den ihm vermachten Sklaven bringen könnte, anstatt den geringen Betrag der litis aestimatio zu erlegen.

Hat der Erbe aber die litis aestimatio geleistet, so würde er von dem den Sklaven einfordernden Legatar jedenfalls mittelst exc. doli Ersatz verlangen können, gleichviel, ob das Delikt nach dem Erbschaftserwerbe oder früher begangen war.[44]) Wenn die litis aestimatio mehr beträgt,

43) l. 45 §. 1. 2. l. 70 pr. D. de legat. I. vgl. §. 1526. a. S. 70. Schon der Glosse erregt die l. 53 §. 4 cit. wegen ihres scheinbaren Widerspruches mit jenen Stellen Anstoß. Sie stellt zwei Lösungen zur Auswahl. Nämlich entweder der Erblasser wußte, daß der Sklave noxius sei; oder es sei hier dem Legatar vortheilhafter gewesen „retinere servum, quam noxam dare.“

44) Vgl. §. 1527. Das würde sich wieder bei der Stipulation alles anders verhalten, da der Promissor durch die Leistung eines servus noxa non solutus — wenigstens

als der Sklave werth ist, so möchte es allerdings scheinen, als ob der Erbe in eine prekäre Lage käme, da ja der Legatar sich hüten wird, das Vermächtniß einzufordern, wenn er die den Werth des Sklaven übersteigende litis aestimatio, welche der Erbe geleistet hat, ersetzen müßte. Aber trotzdem würde auch hier der Erbe sich nicht durch noxae datio von seiner Verbindlichkeit aus dem Vermächtniß befreien können. Er ist vielmehr vollkommen dadurch gesichert, daß er den Legatar durch Anbieten des geschuldeten Sklaven in mora versetzt und dann die Defensio desselben im noxale iudicium unterläßt. Oder er kann dem Legatar von dem letzteren Anzeige machen und ihn zur Uebernahme der Defensio auffordern. Kommt der Legatar diesem Verlangen nicht nach und der Erbe überläßt dem Kläger den schuldigen Sklaven, so steht der Klage des Legatars ebenfalls exc. doli entgegen.

Ein besonders gearteter Fall der Rechtsentäußerung, welcher am besten in diesem Zusammenhange betrachtet werden wird, ist der, wenn der Erbe auf dem vermachten Grundstück einen Verstorbenen bestattet und den Platz dadurch zum locus religiosus macht. Würde ein Vindicationslegat vorliegen, oder wäre nach justinianischem Recht ein Erbschaftsgrundstück vermacht, so kämen die bei einer Beerdigung auf fremdem Boden geltenden Grundsätze zur Anwendung.[45]) Geschieht diese ohne Einwilligung des

wenn derselbe nach Eingehung der Stipulation das Delikt begangen hat — bekanntlich nicht befreit wird.

45) l. 34 D. de relig. 11, 7: Si locus sub condicione legatus sit, interim heres inferendo mortuum non facit locum religiosum (Paul.) l. 105 D. de C. et D. 35, 1. — Ich stelle die Grundsätze übersichtlich zusammen, da ich, soweit mir bekannt ist, nicht mit einer einfachen Verweisung abkommen kann. Ganz ungenügend ist die Be-

Eigenthümers, so wird der Begräbnißplatz nicht sofort locus religiosus;[46]) vielmehr haftet nach einer besonderen Bestimmung des Ediktes der Beerdigende dem Eigenthümer[47]) mit einer actio in factum auf Erstattung des Werthes des Platzes, falls er den Leichnam nicht entfernt,[48]) und erst mit der Abfindung des Eigenthümers hört der Platz auf profan zu sein. Jedoch findet hier eine Ausnahme statt. Wenn nämlich der Erblasser auf dem Grundstück, welches selbst oder dessen Nießbrauch vermacht ist, bestattet wird, so wird der Platz locus religiosus, vorausgesetzt, daß der Erblasser ihn zu seinem Begräbniß bestimmt hatte, oder daß eine gleich geeignete Begräbniß-

handlung des Gegenstandes bei Glück in dem Comment. Th. 11 §. 766. Die beste Erörterung der in Betracht kommenden Punkte findet sich noch bei Noodt, comment. ad Digesta l. XI. tit. 7. (Opp. II. p. 212 sqq.) und bei Cujacius, Recitt. in l. 8 quaest. Papin. ad l. 43 de relig. Vgl. auch Fitting, Rückziehung S. 82 fg.

46) Gaius II. §. 6. §. 9 J. de R. D. 2, 1. l. 6 §. 4 D. eod. 1, 8. l. 2 C. de relig. 3, 44.

47) Auch der Eigenthümer selbst dem Servitutberechtigten, insbesondere dem Nießbraucher l. 8 §. 4. l. 2 §. 7. 8. l. 43 D. de relig. 11, 7. §. 9 J. cit. In betreff des verpfändeten Grundstückes s. l. 1 §. 9 D. de relig. Auch wenn das Grundstück im Miteigenthum steht, kann zweifellos ohne Einwilligung des Miteigenthümers die Beerdigung nicht stattfinden und der Platz religiosus werden; die zutreffende Klage ist hier aber die Theilungsklage, §. 9 J. cit. l. 2 §. 1 l. 43 D. de relig. l. 6 §. 6 D. comm. div. 10, 3. l. 39 D. pro socio 17, 2. (Nach Trebatius und Labeo fand auch hier die act. in factum statt). Anders wenn der Miteigenthümer selbst bestattet wird, l. 41 D. de relig.

48) l. 2 §. 2. l. 7 pr. D. de relig. 11, 7.

stelle sich nicht finden läßt.[49]) Damit ist jedoch ein Anspruch des Legatars auf Entschädigung nicht ausgeschlossen.[50])

Diese Rechtssätze werden nun von Ulpian in analoger Anwendung auf das Damnationslegat übertragen.

l. 53 §. 7 D. de legat. I. Sed si mortuum intulit fecitque religiosum locum legatum, si quidem patremfamilias intulit, cum alio inferre non posset vel tam opportune non haberet, ex testamento non tenebitur. An vero teneatur, ut pretium loci praestet? Et si quidem ipse paterfamilias illo inferri voluit, [ex testamento][51]) non tenebitur; quodsi heres intulit suo arbitrio, debebit praestare, si sit in hereditate, unde pretium praestetur: testator enim qui legavit vel alio inferri voluit vel pretium loci legatario offerri.

Gewiß ist hier daran gedacht, daß das vermachte Grundstück zur Erbschaft gehört; jedoch kann es darauf nicht ankommen, da der Platz allemal religiosus geworden ist. Dagegen ist wesentlich die Voraussetzung, daß die Bestattung gerade auf diesem Platze durch die Umstände

49) „si in eum locum inferatur, in quem ipse destinaverit," — „si in alium locum tam opportune inferri non potuit." Ulp. l. 4. l. 2 §. 7 D. de relig. l. 17 pr. D. de usufr. 7, 1.

50) l. 46 pr. D. de relig. Der Charakter der hier erwähnten utilis actio ist fraglich, vgl. oben S. 325 Anm. 14. Für das justinianische Recht wäre die act. ex testamento in diesem Falle unbedenklich.

51) Dieser Zusatz wird von Windscheid, Pand. III. §. 647 Anm. 11 mit Recht gestrichen. Durch die von Th. Mommsen in seiner Ausgabe empfohlene Streichung des ersteren „ex testamento non tenebitur" und des folgenden vero wird der Sinn der Stelle beeinträchtigt.

gerechtfertigt war, indem kein anderer oder wenigstens kein gleich passender Begräbnißplatz zu Gebote stand. „Ex testamento non tenebitur“ sc. ut purum locum s. ut totum fundum praestet, d. h. der Erbe haftet nicht auf das Interesse: deshalb nicht, weil er in Erfüllung der ihm als Erben obliegenden Beerdigungspflicht durch seine Handlung nicht die ihm dem Legatar gegenüber ex testamento obliegende Verbindlichkeit verletzt hat. Also kann, wenn auf Leistung des Grundstückes aus dem Testament geklagt wird, nicht die Schätzung eintreten, welche in der gleich zu erörternden l. 66 §. 4 aufgestellt ist. Und hätte der Vermächtnißnehmer das Grundstück bereits erhalten, so könnte er, da der Erbe die ihm durch das Vermächtniß auferlegte Verbindlichkeit erfüllt hat, nicht mehr, wie in jener Stelle, dieses selbst noch einfordern also auf dare oportere klagen.

Man kann nur fragen, ob, da die Leistung des ganzen Grundstückes unmöglich geworden ist, der Werth des fehlenden d. h. religios gewordenen Stückes gefordert werden dürfe. Auch dies nicht, wenn der Erblasser diese Stelle zu seinem Begräbnißplatz bestimmt hatte; denn alsdann ist sie durch den Willen des Erblassers aus dem vermachten Grundstück ausgeschieden. Anderenfalls aber hat der Legatar auf den Preis des Platzes Anspruch. Man muß nämlich annehmen, daß im Sinne des Erblassers der Geldwerth dem vermachten Platze als Gegenstand des Vermächtnisses substituirt sein sollte, wenn einzig dort die Beerdigung stattfinden konnte. [52]) Aber auch diesen Preis

52) Das ist ungefähr der Gedankengang Ulpians, welchem allerdings ein nicht sehr präciser Ausdruck gegeben ist. Im letzten Satze muß man hinter „vel alio inferri voluit vel“ in Gedanken ergänzen „si non posset.“ Aber freilich die Ausdrucksweise bleibt incorrect, da dem Wortsinn

hat der Legatar nur dann zu leisten, wenn der Nachlaß ausreicht.[53])

Ganz anders nun lautet die Entscheidung Papinians in l. 66 §. 4 D. de legat. II.:[54])

In fundo legato si heres sepelierit, aestimatio referenda erit ad totum pretium fundi, quo potuit ante sepulturam aestimari: quare si fuerit solutus, actionem adhuc ex testamento propter locum alienatum durare rationis est.

Der Thatbestand des Falles entspricht nicht dem der eben erörterten Entscheidung Ulpians. Denn es ist nicht der Erblasser, den der Erbe auf dem vermachten Grundstück beerdigt hat. Wenn nun auf Leistung des Grundstückes aus dem Vermächtniß geklagt wird, so hat der Richter den Werth zu schätzen, den das Grundstück vor der Bestattung hatte, oder noch richtiger, den es jetzt für den Legatar haben würde, wenn der fragliche Platz nicht locus religiosus geworden wäre. Es haftet mithin der Erbe auf das Interesse, nicht bloß auf Erstattung des Werthes, den der betreffende Platz früher an und für sich hatte. Ganz consequent wird entschieden, daß selbst nach Herausgabe des Grundstückes noch die Klage aus dem Testament auf Leistung desselben fortdauere, da nicht die ganze vermachte

nach dieser letzte Satz mit dem vorangehenden „si illo inferri voluit, non tenebitur" in Widerspruch steht.

53) Man könnte die Frage aufwerfen, ob hier eventuell die anderen im Testament angeordneten Vermächnisse gekürzt werden, da doch der für den Platz geschuldete Preis unter dem Gesichtspunkte der Begräbnißkosten aufzufassen wäre.

54) Die Auslegung welche Cujacius Recit. in l. 13. quaest. Papin. giebt, geht von der irrigen Voraussetzung aus, daß die Stelle von einem Vindicationslegat handelt.

Sache gegeben sei. Mit dieser Klage würde dann der Legatar von dem Erben Ersatz der durch das Begräbniß herbeigeführten Werthminderung des Grundstückes erlangen.[55])

B. Auch die Veräußerung des Vermächtnißgegenstandes in gerechtfertigter Unkenntniß des Vermächtnisses vermag die Forderung des Legatars nicht aufzuheben. Da durch dieselbe die Leistung nicht unmöglich geworden ist, bleibt die Sache selbst noch geschuldet. Dies ist ein auch sonst anerkannter Rechtssatz.[56]) Der Schuldner kann ja die Sache zurückerwerben und sie dann leisten. Insoweit hat er die Folgen seines Irrthums selbst zu tragen. Das gilt auch vom belasteten Erben, mochte er den Vermächtnißgegenstand entgeltlich (kauf- oder tauschweise) oder schenkungshalber weggegeben haben. Aber freilich auch nur, wenn der Belastete die Sache zurückerwerben kann, bleibt er zur Verschaffung derselben verpflichtet. Anders wenn sich nicht ermitteln läßt, in wessen Händen sie sich befindet, sie also völlig unauffindbar ist.[57]) Ferner will der gegenwärtige Eigen-

55) Anders wird die Entscheidung von Bekker, Aktionen II. S. 166 Anm. 25 aufgefaßt. Es soll hier — da die vermachte Sache selbst theilbar ist — die actio nur zu einem Theile fortbestehen und das Geleistete als Theilleistung gelten. Das scheint mir ebensowenig dem Ausdrucke wie dem Gedanken Papinians zu entsprechen.

56) Anderer Meinung ist Mommsen, der auch hier (s. a. a. O. I. S. 38. 40. 330 fg.) zu der Consequenz gedrängt werden müßte, daß wenn der Erbe, ohne von dem Kaufvertrage seines Erblassers zu wissen, die Sache veräußert (z. B. verschenkt oder gar weiter verkauft), er von seiner Verbindlichkeit befreit wird — und den seinem Erblasser gezahlten Preis behalten könnte. Vgl. oben S. 348 Anm. 52.

57) Dann ist die Sache so gut wie untergegangen (vgl.

thümer sie nur für einen maßlosen Preis abtreten, so kann der Belastete nicht in weiterem Umfange haften, wie beim legatum rei alienae.[58]) Insofern kommt das Nichtwissen

§. 1526. b.); da aber der Verlust hier durch eine Verfügung des Erben herbeigeführt ist, so muß er dafür aufkommen und den Werth leisten. Das ergiebt sich schon aus der analogen Entscheidung auf S. 320 Anm. 6. Der Erbe würde hier nur durch den Beweis befreit werden, daß die Sache überhaupt nicht mehr existirt und auch ohne die Veräußerung zu Grunde gegangen wäre.

58) Vgl. oben S. 64 fg. 329. Auch wenn der Erbe des Depositars oder Commodatars die fremde Sache in dem irrigen Glauben, daß sie zur Erbschaft gehöre, veräußert hat, bleibt er zur Restitution verpflichtet „si possit rem redimere et praestare" l. 3 D. depos. 16, 3. (Hier ist allerdings von einem Verluste des Rechtes an der Sache nicht die Rede, da dem Erben überhaupt kein Recht zustand; aber wenn auch hier der Schuldner verpflichtet bleibt, so wird er doch nicht von der Verpflichtung, die Sache zu leisten, befreit werden können, wenn er sein Recht an derselben selbst aufgegeben hatte. Handelte die Stelle ursprünglich von der fiducia, so würde sie diesen Satz unmittelbar aussprechen). Dies gilt auch in dem Falle, wenn er etwa die Sache verschenkt hatte. Es wäre gewiß unrichtig, allgemein zu sagen, daß er überhaupt bloß auf die Bereicherung haftete. Hatte er die Sache verkauft, so muß er, wenn die Sache sich nicht wieder schaffen läßt, (auch im Falle des zufälligen Unterganges derselben) den erhaltenen Kaufpreis unter allen Umständen herausgeben. War sie verschenkt, so wird, wenn die Sache gänzlich verbracht ist, von einer Haftung freilich nicht die Rede sein können. Ist sie aber noch vorhanden, wenn auch nicht verkäuflich, so muß der Gläubiger den Werth der Sache beanspruchen können, indem er dem Erben seine Klage gegen den dritten Besitzer cedirt. Dagegen erklärt sich Brinz, Pand. II. §. 278 Anm. 13 a. A. („die Sache erst wiederzuerwerben, wäre Strafe gewesen, wenn er sie unentgeltlich verloren

des Belasteten in Betracht — und darin unterscheidet sich in diesem Falle wieder die Vermächtnißforderung von der

hatte"), scheint dabei aber unsere l. 3 zu übersehen. Daß diese nicht bloß auf den Verkauf der Sache beschränkt werden kann, ergiebt sich, indem hier Ulpian fortfährt: „non caret culpa, quemadmodum si redemptam vel alia ratione suam factam noluit praestare," trotz des Schlusses „causatus quod semel ignorans vendidit." Denn sonst müßte der Erbe, wenn er die Sache zu einem höheren Preise zurückerworben hätte, immer nur auf den früher empfangenen Preis haften, was der Jurist, obwohl es nahe gelegen hätte, mit keinem Worte andeutet; und er würde, wenn er die fortgeschenkte Sache zurückgekauft hätte, trotzdem er die facultas restituendi besitzt, gar nicht bezw. nur gegen Erstattung des gezahlten Kaufpreises in Anspruch genommen werden können, was mit dem Ausspruche des Juristen unvereinbar ist. (Daß sich dies bei den condictiones sine causa anders verhält und der Empfänger auch „si possit rem redimere et praestare nec velit" doch nur „quod ex pretio habet," also gar nichts zu restituiren braucht, wenn er die Sache verschenkt hat — vgl. übrigens Brinz, Pand. II. §. 300 S. 518. Anm. 55. Pernice, Labeo II. S. 268. Anm. 24. — kann nicht bedenklich machen und widerlegt nicht unsere Auffassung. Denn, abgesehen davon, daß eine Bereicherung dort nicht vorhanden ist, darf man nicht unbeachtet lassen, daß eine Haftung des Erben des Depositars und Commodatars in jenem weiteren Umfange durch den Umstand gerechtfertigt wird, daß hier die Sache auf Rückgabe anvertraut, also eine zur Rückleistung verpflichtende Obligation eingegangen war, während dort der Condicent die Sache schlechthin, wenn auch unter irriger Voraussetzung, in das Eigenthum des Empfängers gebracht hatte und mithin auch billigerweise das Risiko einer Veräußerung tragen muß). Es läßt sich übrigens nicht leugnen, daß die Haftung des Erben im Falle der Verschenkung der Sache ihre bedenkliche Seite hat, insofern der Deponent

Forderung aus einer Stipulation —, als hier nicht das Interesse, sondern nur der wirkliche Werth der Sache gefordert werden kann.

Aber immer bildet die Sache selbst den eigentlichen Gegenstand der Vermächtnißforderung, nicht etwa ihr Geldwerth und noch weniger das für sie empfangene Aequivalent; vielmehr kann sich nur der Erbe mit demselben abfinden und erfolgt hierauf die Verurtheilung, wenn die Nichtleistung der Sache ihm nicht zur Last gelegt werden darf. Das gilt in gleicher Weise, mochte er von dem ihm auferlegten Vermächtniß überhaupt nichts wissen oder sich in dem Gegenstande des Vermächtnisses geirrt haben. Ganz abseiten liegt dagegen der Fall, wenn er behufs Erfüllung des Vermächtnisses an jemand geleistet hat, den er irrthümlich für den Legatar hielt, indem z. B. mehrere Personen denselben Namen führen. Daß er hier nur die ihm zuständige condictio indebiti abzutreten braucht, bedarf keiner besonderen Ausführung.[59])

Mit dem quellenmäßigen Beweise steht es freilich mißlich, denn die Quellen verlassen uns in dieser Frage vollständig. Nur eine und dazu noch unsichere Stelle kommt

durch Geltendmachung seines Eigenthumes die Sache doch selbst sich mit Leichtigkeit vom Erwerber verschaffen könnte. Aber dagegen wäre zu bemerken, daß der Ausgang der angestellten rei vindicatio doch ein unsicherer ist. Umgekehrt würde ja auch beim Verkauf der Sache der Erbe in eine üble Lage gerathen, wenn der Gläubiger, anstatt an ihn sich zu halten, gegen den Käufer vorginge, welcher nun gegen den ersteren einen Evictionsanspruch erheben könnte. (vgl. S. 344 Anm. 46.) Mommsen berührt die hier angeregte Frage nicht, obwohl er auf die l. 3 cit. öfters zurückkommt.

59) Vgl. l. 8 §. 3 D. de legat. I. Anders beim Vermächtniß einer vertretbaren oder Gattungssache.

hier in Betracht; es ist die vielbesprochene l. 89 §. 7 D. de legat. II.: [60])

Scaevola l. IV. respons. — Maritus uxorem ex asse heredem instituit, cuius post mortem codicillos aperiri testator praecepit; praedium hereditarium uxor infructuosum rationi suae existimans vendidit; emptor quaerit, an retractari haec venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur, an vero solum quantitas pretii ab herede uxoris fideicommissariis debeatur. Respondi: propter iustam ignorantiam tam mulieris quam emptoris heredem mulieris, ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere.

Der zur Entscheidung vorgelegte Fall, der übrigens eine große Aehnlichkeit mit dem in l. 26 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1 (oben S. 330) erörterten zeigt, ist selbst klar. Die Erbin, welche von dem ihr — in einem erst nach ihrem Tode zu eröffnenden Codizill — auferlegten Universalfideicommiß nichts wußte, hat ein Erbschaftsgrundstück, da es nach ihrer Meinung ihr nichts einbrächte, [61]) verkauft. Es fragt sich nun nach dem Tode der Frau, ob der Verkauf von dem Fideicommissar angefochten werden könne, oder ob sich derselbe an die Erben der Frau halten müßte. Der Bescheid geht dahin, daß wegen der durch die Umstände gerechtfertigten Unkenntniß der Frau und des Käufers der Fideicommissar nur einen Anspruch

60) Vgl. Cujacius, Recitt. in l. IV resp. Scaev. und ad tit. de legat. II. Schulting, notae ad Dig. und die dort Citirten, namentlich Water, observ. iur. Rom. II. c. 5.

61) So, aber nicht im objektiven Sinne von „unfruchtbar", wie es Cujacius l. c. thut, ist das infructuosum etc. zu nehmen.

auf Herausgabe des Kaufpreises gegen die Erben geltendmachen könne und der Käufer das Grundstück behalten dürfe.

Die Stelle gehört nur zum Theil hierher. Denn einmal ist hier von einem Universalfideicommiß die Rede, und sodann handelt es sich vornehmlich darum, ob der Fideicommissar die Sache dem Erwerber kraft seines dinglichen Anspruches wieder entziehen könne,[62]) oder nur eine persönliche Klage gegen den Belasteten habe. Bemerkenswerth wäre für uns gegenwärtig nur, daß die Haftung des letzteren auf die Herausgabe des empfangenen Kaufpreises (bezw. Abtretung der actio ex empto) beschränkt sein soll. Es mag kein Gewicht darauf gelegt werden, daß der Preis mit dem wahren Werthe, ja sogar mit dem Interesse zufällig übereinstimmen kann. Das scheint vielmehr in unserem Falle gerade nicht zuzutreffen. Die Frau (Erbin) wollte das Grundstück los werden, infructuosum rationi suae existimans, also weil ihr der Besitz nicht vortheilhaft erschien, während es für den Käufer und auch den Fideicommissar vom höheren Werthe war, da er es besser nutzen und einen höheren Ertrag davon ziehen konnte. Vermuth-

62) Vom Standpunkt des justinianischen Rechtes aus, ist dabei an die dem Fideicommissar zuständige act. in rem und an das Veräußerungsverbot hinsichtlich der vermachten Erbschaftssache zu denken, während im Sinne Scävolas die Stelle auf die in rem missio bezogen werden muß. In beiden Beziehungen werden wir von ihr noch später Gebrauch machen. — Gesetzt übrigens der Fiduciar hätte das Grundstück nicht verkauft, sondern verschenkt, so würde der Jurist umgekehrt dem Fideicommissar die persönliche Klage gegen die Erben in betreff desselben versagen und ihn mit seinem Anspruch an den Erwerber verweisen, welcher hier die Erben nicht wegen Eviction in Anspruch nehmen könnte.

lich hat sie es sogar unter dem wirklichen Werth verkauft und das Interesse des Fideicommissars übersteigt erst recht den Kaufpreis. Wenn nun hier entgegen unserer früheren Aufstellung, der Belastete mit Herausgabe des erhaltenen Preises sich von seiner Verbindlichkeit befreien soll, so ist der Grund dieser Entscheidung darin zu suchen, daß es unter Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse nicht bloß als unbillig, sondern als den Rechtsgrundsätzen widersprechend erscheinen müßte, den Belasteten über das Maß dessen, was ihm selbst von der Erbschaft, ohne daß ihn eine Verschuldung träfe, verblieben ist, hinaus haften zu lassen. Man darf nicht vergessen, daß es sich hier um die Restitution der ganzen Erbschaft handelt. Der Erbe hätte mithin, wenn er über den Kaufpreis hinaus in Anspruch genommen wird, mehr zu leisten, als sich in der Erbschaft selbst befindet.[63]) Derselbe Grundsatz wäre auch zur Anwendung zu bringen, wenn der Legatar, welcher mit Herausgabe der vermachten Sache selber belastet ist, diese ohne Kenntniß von dem ihm auferlegten Vermächtniß verkauft.[64])

63) Mommsen, Beiträge I. S. 254 Anm. 7 (vgl. desselben Erörterungen I. S. 115) nimmt ohne Grund eine Meinungsverschiedenheit zwischen Scävola und Julian in l. 26 §. 2. 3 cit. an. Unrichtig ist seine Auffassung (Beiträge II. S. 96. Anm. 12), daß hier nicht ein Aequivalent an Stelle des geschuldeten Gegenstandes zu leisten sei, sondern die „Verpflichtung selbst aufgehoben sei und der Onerirte nur die erlangte Bereicherung herauszugeben habe.“ Danach also müßte Scävola in dem Falle der l. 26 §. 2 cit. die Befreiung des Erben angenommen haben. — Was Cohnfeldt, Interesse S. 242. Anm. 240 dabei gedacht haben mag, wenn er zu der Entscheidung des Scävola bemerkt: „die iusta ignorantia schützt gegen das iuramentum in litem des vindicirenden Fideicommissars,“ dürfte sich kaum ermitteln lassen.

64) Vgl. oben S. 328 bei Anm. 20.

III. Wie nun, wenn die Leistung des Vermächtnißgegenstandes, nachdem der Onerirte ihn veräußert hat, oder ohne sein Zuthun das Recht an demselben auf einen Andern übergegangen ist, dadurch unmöglich wird, daß er untergeht? Wir sehen hier ganz ab von einer Mora, deren sich der Belastete etwa bereits schuldig gemacht hat. Ferner ist der Fall auszuscheiden, wenn gerade infolge der Veräußerung der Untergang eingetreten ist, so daß ohne dieselbe der Gegenstand hätte geleistet werden können. So wenn das schädigende Ereigniß die Sache in der Hand des Belasteten nicht hätte betreffen können, insbesondere wenn der Erwerber selbst sie zerstört oder aus dem Verkehre bringt oder den Sklaven freiläßt. Denn daß hier der Belastete in gleicher Weise weiter haftet wie bisher, kann keinem Zweifel unterliegen.[65]) Es handelt sich also einzig um die Haftung des Belasteten beim zufälligen, d. h. nicht durch den Verlust des Rechtes (und zugleich der thatsächlichen Herrschaft) herbeigeführten Untergange des vermachten Gegenstandes.

Die Frage braucht nur aufgeworfen zu werden, um ihre Verneinung zu finden.[66]) Erinnern wir uns, daß bis dahin die Sache selbst und nicht etwa ihr Werth den Gegenstand der Vermächtnißforderung bildete, so kann an sich auch ihr zufälliger Untergang, für den doch der Belastete nicht haftet, nicht eine Verpflichtung zur Leistung des Werthes begründen. Und dies muß selbst dann gelten, wenn in das Vermögen des Belasteten ein Aequivalent für den später zufällig untergegangenen Gegenstand gelangt war, mochte er ihn sogar in Kenntniß des ihm auferlegten

65) Auch hier kann man sagen „res facto debitoris (heredis) periret;“ vgl. Anm. 57.

66) Vgl. auch l. 36 §. 3 D. de legat. I. — nihil per eum factum intelligitur.

Vermächtnisses verkauft haben. Da, so lange der Gegenstand noch vorhanden, nicht das pretium sondern die res geschuldet wurde, so kann auch nicht das pretium gefordert werden, wenn die Sache zu Grunde geht.[67]) Von einer Bereicherung kann man hier, genauer betrachtet, gar nicht reden; und damit schwebt auch die angebliche Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung in der Luft. Denn offenbar wird durch den Empfang des Entgeltes gegen die Hingabe der vermachten Sache das Vermögen des Belasteten nicht vermehrt. Erst mit dem unverschuldeten Untergange der nicht mehr in seinem Vermögen befindlichen Sache träte für ihn, wenn man so sagen darf, ein Gewinn ein, nämlich die Befreiung von der ihm obliegenden Verbindlichkeit, die Sache dem Legatar zu leisten. Es ließe sich aber nicht absehen, wie diese Thatsache eine neue auf den im Vermögen des Belasteten befindlichen Preis gerichtete Obligation hervorrufen könnte.[68]) Man müßte denn annehmen, daß im Augenblicke der Veräußerung das empfangene Aequivalent als alternativer oder eventueller Gegenstand der Vermächtnißforderung zu dem ursprünglich geschuldeten hinzutrete. Zu dieser Annahme wären wir aber nur berechtigt, wenn ein darauf gerichteter Wille des Vermächtnißgebers ersichtlich ist.

Jedoch das gilt im vollen Umfange nur beim Vermächtniß einer eigenen Sache des Belasteten. Anders verhält es sich beim Vindicationslegat und im justinianischen Recht überhaupt beim Vermächtniß einer Erbschaftssache. Hier ist der Erbe allerdings, wenn er die vermachte Sache verkauft hat, um den Kaufpreis bereichert. War nun dem

67) Vgl. die berühmte l. 21 D. de her. vend. 18, 4.
68) Es trifft auch hier zu, was beim Vermächtniß einer fremden Sache gilt: cum lucro heredis moritur servus legatus. l. 114 §. 19 D. de legat. I.

Erben das Vermächtniß bekannt, so würde er unter allen Umständen mit der actio ad exhibendum haften.[69]) Bei Unbekanntschaft mit dem Vermächtniß hat er im Falle des Unterganges der Sache den erlangten Kaufpreis herauszugeben.[70]) Man könnte nur zweifeln, mit welcher Klage der Vermächtnißnehmer seinen Anspruch geltend zu machen hatte. Die Quellen geben uns keine direkte Auskunft, jedoch können wir nach der analogen Entscheidung in l. 48 pr. D. de legat. I. und l. 63 eod. II.[71]) mit Sicherheit annehmen, daß ihm zu diesem Zwecke eine in factum actio gewährt wurde; gewiß hatte er auch eine condictio wegen grundloser Bereicherung.[72])

Aber sollte ihm auch nicht hier wieder die act. incerti ex testamento zustehen?[73]) Was das justinianische Recht anbetrifft, so kann die Statthaftigkeit derselben keinem Bedenken unterliegen, da ja bei jedem Vermächtniß der Bedachte die Leistung des Vermächtnißgegenstandes von dem Erben mit einer persönlichen Klage beanspruchen kann. Aber auch für das klassische Recht ließe sich die Annahme vertheidigen, daß an die Stelle des dinglichen Anspruches infolge des Unterganges oder auch der Ersitzung der Sache ein persönlicher Anspruch gegen den Erben auf den demselben durch die Veräußerung zugekommenen Werth der Sache trete. Man darf sagen, daß hier schon durch die Vermächtnißverfügung der Erbe verpflichtet werde, den Preis

69) Abgesehen natürlich von dem nothwendigen und dem durch die Umstände gerechtfertigten Verkauf; z. B. auch wenn die Sache im Interesse des Legatars, da ihr bei Aufbewahrung Gefahr drohte, verkauft worden ist.

70) Vgl. die Ausführungen oben S. 181 fg.

71) Oben S. 192. 325.

72) arg. l. 23 D. de R. C. 12, 1.

73) Vgl. oben S. 324.

herauszugeben. Denn die Sache sollte ja aus dem Nachlaß völlig ausgeschieden und dem Legatar zugewendet sein, und durch jedes Vermächtniß wird eine Obligation zwischen dem belasteten Erben und dem Bedachten begründet, welche darauf gerichtet ist, daß die in der Zuwendung sich aussprechende liberale Absicht des Erblassers, also der Uebergang der ihm gehörigen Sache in das Vermögen des Legatars, im vollen Umfange, so weit sich der Vermächtnißwille ausführen läßt, verwirklicht werde.

War nun aber hier eine persönliche Klage auf Leistung des an die Stelle der Sache getretenen Aequivalentes begründet, so konnte sie nicht auf das dingliche Vermächtniß beschränkt sein, sondern sie mußte überhaupt platzgreifen, wenn der Erblasser eine eigene Sache vermacht hatte. Dies gilt vor Allem beim Fideicommiß. Ist die Herausgabe der Nachlaßsache dem Erben oder dem Legatar, der sie empfangen, auferlegt, so kann man sie als eine ihm nur zeitweilig anvertraute ansehen und es wird sich für die juristische Behandlung die unverkennbare Analogie des Mandatsverhältnisses und der auf Restitution gerichteten Obligationen darbieten.[74]) So läßt sich beim Fideicommiß einer Erbschaftssache, zumal wenn wir die dort stattfindende freiere Cognition mit in Betracht ziehen, wohl mit Sicherheit behaupten, daß in unserem Falle von jeher die fideicommissi persecutio auf Restitution des Preises gerichtet war. Aber wir werden auch mit der Annahme kaum fehlgreifen, daß hier beim Damnationslegat, wenigstens in seiner späteren Entwickelung, der Vermächtnißnehmer einen gleichen Anspruch mit actio ex testamento verfolgen konnte.

74) Namentlich wenn der Erblasser den Legatar „dumtaxat ut ministrum elegit“ (l. 17 §. 1 D. de legat. II); vgl. Pernice, Labeo I. S. 413 fg. II. S. 395.

Was schließlich die neuere Gesetzgebung anbetrifft, so enthält für den Fall der Veräußerung der vermachten Sache, und zwar wohl überflüssiger Weise, das preuß. Landrecht I. 12 §. 313 eine besondere Bestimmung: „Hat der Erbe die vermachte Sache veräußert, so muß er dem Legatario das ganze Interesse vergüten.“ Mit Unrecht wird von Einigen [75]) diese Vorschrift auch auf das Vermächtniß einer eigenen Sache des Erben und auf die Veräußerung, welche ohne Kenntniß des Vermächtnisses vorgenommen ist, erstreckt. Sie bezieht sich, wie sich aus den vorangehenden und nachfolgenden Paragraphen ergiebt, einzig auf vermachte Erbschaftssachen, die der belastete Erbe in Kenntniß des Vermächtnisses veräußert. Hier hat der Legatar die Wahl, entweder mit der persönlichen Klage den Erben auf das Interesse in Anspruch zu nehmen, oder nach §. 314 die Sache von dem dritten Besitzer zu vindiciren und wegen der diesem etwa zu erstattenden Kosten des Erwerbes sich an den Erben zu halten. Auf letzteres ist er beschränkt, wenn der Erbe von dem Vermächtniß nichts gewußt hatte. Würde in diesem Falle die Sache selbst zu Grunde gegangen, unauffindbar geworden, ersessen worden sein, so könnte der Legatar nach den für die Verfolgung des Eigenthums überhaupt geltenden Vorschriften (Pr. Landr. I. 15 §. 28) vom Erben „den bei der Veräußerung gezogenen Vortheil,“ also insbesondere die Herausgabe des Kaufpreises beanspruchen. Bildet dagegen eine dem Erben gehörige Sache den Gegenstand des Vermächtnisses, so kommen die im preuß. Landrecht anerkannten Grundsätze der Schuldverhältnisse zur Anwendung, mit denen wir hier uns nicht weiter zu beschäftigen haben.

75) Gruchot, preuß. Erbrecht I. S. 580. Förster, preuß. Privatr. IV. §. 276 Anm. 57.

§. 1526. g.

Zeit und Ort der Leistung. Kosten der Erfüllung des Vermächtnisses.

I. Was die Zeit der Erfüllung des Vermächtnisses anbetrifft, so braucht es nicht eher geleistet zu werden, bis es eingefordert wird.[1] Eingefordert werden aber kann es, sobald es fällig ist, und die Fälligkeit des Vermächtnisses tritt regelmäßig — d. h. abgesehen von einem vom Erblasser zum Vortheil des Belasteten, oder auch im Interesse des Bedachten, gesetzten Termin — mit dem Erwerbe der Erbschaft bezw. des dem Belasteten selbst Hinterlassenen ein.[2]

Nur dieser letztere Fall, also wenn ein Legatar selbst wieder mit einem Vermächtniß beschwert ist, kann Zweifel erregen. Mit dem Antritt der Erbschaft wird ja auch das Vermächtniß unmittelbar erworben, der Legatar wird Eigenthümer der vermachten Sache oder Gläubiger des Erben auf Leistung des Vermächtnißgegenstandes. Kann nun auch sofort das ihm auferlegte Vermächtniß eingefordert werden, oder erst dann, wenn er sich über die Annahme seines

1) Ueber die fragliche Ausnahme bei Vermächtnissen zu frommen Zwecken und zu Gunsten Minderjähriger ist später in einem anderen Zusammenhange zu handeln.

2) Omnia quae testamentis sine die vel condicione adscribuntur, ex die aditae hereditatis praestentur. l. 32 pr. D. de legat. II. Si dies adposita legato non est, praesens debetur. l. 21 pr. D. quando di. 36, 2. cfr. l. 41 §. 14 D. de legat. III., wo der Zweifel in betreff der sofortigen Einforderung durch den vom Testator angeordneten Erlaß der cautio legatorum und mehr noch durch dessen Motivirung nahe gelegt wird.

eigenen Vermächtnisses erklärt hat? Oder endlich muß hier der zweite Vermächtnißnehmer mit der Geltendmachung seines Vermächtnißanspruches so lange warten, bis dem ersteren das Vermächtniß entrichtet worden ist? Wenn man bedenkt, daß so lange das Vermächtniß noch nicht angenommen ist, es noch ausgeschlagen werden kann, daß es ferner eine gesetzliche Ausschlagungsfrist nicht giebt und somit der beschwerte Legatar auch nicht durch die Einforderung des ihm auferlegten Vermächtnisses genöthigt werden darf, sich über die Annahme oder Ablehnung bindend zu erklären,[3]) so scheint es nicht fraglich zu sein, daß von ihm nicht schon, sobald der unmittelbare Vermächtnißerwerb für ihn eingetreten, die Leistung verlangt werden kann. Allerdings hätte es der Legatar so in seiner Hand, durch willkürliche Hinausschiebung der Annahmeerklärung den Untervermächtnißnehmer hinzuhalten, und es muß zugegeben werden, daß diesem mit einem entsprechenden Schutze, wie sie dem Legatar gegen den die Erbschaftsantretung verzögernden Erben gegeben wird, nicht hinreichend geholfen wäre. Aber andererseits würde eine noch unbilligere Härte für den beschwerten Legatar darin liegen, wenn man schon jetzt den Anspruch des Untervermächtnißnehmers fällig werden ließe, so daß ersterer, wenn er denselben nicht befriedigt, alle Folgen der Mora zu tragen hätte, während er doch selbst über die Annahme seines Vermächtnisses noch unschlüssig ist, und, wenn er gezwungen leistet, im Falle der Ausschlagung auf eine dem Erfolge nach doch immer zweifelhafte und unsichere Rückforderung angewiesen wäre. Die

3) Anders, wenn ein suus heres mit einem Vermächtniß beschwert ist; die sofortige Einforderung desselben troß des zuständigen Abstinenzrechtes unterliegt hier mit Rücksicht auf die dem suus zu setzende Deliberationsfrist keinem Bedenken.

Fälligkeit des Vermächtnißanspruches würde also mindestens voraussetzen, daß der beschwerte Legatar die Zuwendung bereits angenommen hat. Jedoch auch an den Zeitpunkt der bloßen Annahmeerklärung — deren Beweis überdies mitunter schwierig sein dürfte — kann sie nicht schon geknüpft werden. Denn wie leicht kann es geschehen, daß sich die Leistung an den beschwerten Legatar verzögert, ohne daß er den Erben dafür in Anspruch nehmen könnte; ja wie leicht könnte er selbst ganz leer ausgehen, indem — sei es ohne, sei es mit Schuld des Erben — die Leistung unmöglich wird z. B. die vermachte Sache untergeht! So ergiebt sich denn, daß der Untervermächtnißnehmer die Erfüllung des Vermächtnisses nicht eher verlangen kann, als bis der beschwerte Legatar die Zuwendung, mit welcher er selbst bedacht ist, wirklich erhalten hat.

Dies entspricht nicht allein der Natur der Sache, sondern findet auch eine Stütze in dem Ausspruche der l. 78 D. de legat. I.: Fideicommissum quod a legatario relinquitur ita demum ab eo debetur, si ad legatarium legatum pervenerit. Nur eine, vielleicht sogar selbstverständliche, Ausnahme von diesem Grundsatze ist anzuerkennen. Wenn nämlich der Legatar mit der vollständigen oder theilweisen Herausgabe des ihm Zugewandten an einen Anderen beschwert ist, so kann dieser, sobald ersterer das Vermächtniß einfordern kann, auch seinerseits Erfüllung verlangen, da hier ja der Beschwerte mit der Abtretung seiner eigenen Vermächtnißforderung befreit wird. Hierüber ist auf die früheren Ausführungen (S. 9 fg.) zu verweisen.

Die Entrichtung des Vermächtnisses kann ferner vom Erben, welcher cum beneficio inventarii angetreten hat, nicht gefordert werden, so lange er noch mit der Anfertigung des Inventars beschäftigt ist.[4])

4) S. den Comment. Th. 41 S. 366.

Daß endlich die Leistung des Vermächtnisses nicht immer sofort mit der Einforderung zu erfolgen hat, sondern dem Beschwerten eine angemessene Frist zur Herbeischaffung oder Anschaffung des Vermächnißgegenstandes und zur Verschaffung der Zahlungsmittel durch Verkauf oder Verpfändung von Nachlaßsachen u. dgl. gelassen werden muß, braucht kaum noch besonders hervorgehoben zu werden. [5])

Werfen wir noch einen Blick auf die Partikulargesetzbücher, so bestimmt zunächst das preuß. Landr. I. 12 §. 294, daß der Legatar „die Uebergabe oder Auszahlung des Vermächtnisses gleich nach dem Ablauf der gesetzmäßigen Deliberationsfrist fordern" kann. Da nach preußischem Recht die Erbschaft dem Berufenen von selbst erworben wird, so ist diese im §. 383 fg. Th. I. Tit. 12 näher bestimmte Frist eigentlich eine Ausschlagungsfrist. So lange sich also der Erbe noch durch die Entsagungserklärung von der Erbschaft wieder losmachen kann, braucht er das Vermächtniß nicht zu entrichten; erst dann, wenn durch Ablauf der Frist die Erbschaft ihm definitiv erworben ist, wird der Vermächtnißanspruch fällig, und zwar treten jetzt für den Erben, wenn er ohne Grund mit der Verabfolgung des Vermächtnisses zögert, sogleich die rechtlichen Folgen des Verzuges ein (§. 309. I. 12). Auf demselben Standpunkt steht der Entwurf des bürgerl. Gesetzb., obwohl er eine besondere Vorschrift über die Zeit der Erfüllung des Vermächtnisses seitens des Erben nicht enthält. Denn auch nach ihm tritt der Uebergang der Erbschaft auf die Erben ipso iure sofort mit der Berufung ein, vorbe-

5) Vgl. l. 47 pr. D. de legat. I. Cum res legata est, si quidem propria fuit testatoris et copiam eius habet, heres moram facere non debet, sed eam praestare.

haltlich des Rechtes der Ausschlagung, für welche eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, innerhalb der gesetzten Frist. (§. 2025. 2028 fg.) Vor der Annahme der Erbschaft aber, welche schon dadurch erfolgt, daß die Ausschlagung nicht innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist erklärt wird, ist nach §. 2057 der Erbe nicht verpflichtet, „auf einen Rechtsstreit sich einzulassen, welcher gegen den Erben als solchen erhoben wird.“ Als Nachlaßgläubiger sind aber nach §. 2092 auch die Vermächtnißnehmer anzusehen. Mithin kann auch das Vermächtniß nicht vor Ablauf der Ausschlagungsfrist eingefordert werden, es sei denn, daß der Erbe nicht schon vorher durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung die Erbschaft angenommen hat, was in gleicher Weise für das preußische Landrecht gilt.

Dagegen wird dem Beschwerten eine besondere Frist für die Erfüllung des Vermächtnisses ausdrücklich gegeben im österreichischen und im sächsischen Gesetzbuch. Das erstere enthält in §. 685 die auf „althergebrachtem Recht“ beruhende Vorschrift, daß Vermächtnisse von Nachlaßsachen und auf solche bezüglichen Rechten, „kleine Belohnungen des Dienstgesindes und fromme Vermächtnisse sogleich“ (d. h. sofort nach dem Tode des Erblassers), „andere aber erst nach einem Jahre von dem Tode des Erblassers“ gefordert werden können.[6]) Das letztere bestimmt in §. 2437, daß das einem Erben auferlegte Vermächtniß „sofort, nachdem er die Erbschaft angetreten hat, jedoch nicht vor Ablauf eines Monates nach dem Tode des Erblassers gefordert werden“ könne. Diese Bestimmung ist nicht aus praktischen Erwägungen hervorgegangen, sondern sie gründet sich auf das altdeutsche — auch bisher in Sachsen fortwährend in Geltung befindlich gewesene — Rechtsinstitut des

6) Vgl. Unger, österreich. Erbrecht §. 64. Anm. 3—7.

„Dreißigsten." [7]) Der §. 2437 fährt fort: „Ist ein Vermächtnißnehmer mit einem Vermächtnisse beschwert, so kann das Vermächtniß sofort mit dem Zeitpunkte, wo er sein eigenes Vermächtniß fordern kann, verlangt werden." So hat denn hier die einzig das Interesse des Untervermächtnißnehmers berücksichtigende Normirung der Fälligkeit seines Vermächtnißanspruches, welche wir vorhin verwerfen mußten, gesetzliche Anerkennung gefunden. Damit stimmt auch überein der Entwurf d. bürgerl. Gesetzb., welcher jene Vorschrift nur in abweichender Formulirung wiedergiebt. [8])

II. Weit mehr Schwierigkeit macht die Frage, an welchem Orte das Vermächtniß entrichtet werden müsse. Sie fällt zum Theil zusammen mit der so sehr streitigen Frage nach dem Erfüllungsort bei Obligationen überhaupt. [9]) Diese allgemeine Lehre vom Orte der Leistung ist hier natürlich nicht darzustellen; wir können sie nur, indem wir uns auf die Erörterung der bei den Vermächtnissen gelten-

7) Stobbe, Handb. d. deutschen Privatrechts V. §. 281. S. 23 fg. und die dort angeführte Literatur. — Haubold Lehrb. d. sächs. Privatr. §. 346.

8) §. 1877: „Ist ein Vermächtnißnehmer mit einem Vermächtnisse beschwert, so kann die Erfüllung des letzteren nicht eher gefordert werden, als bis der beschwerte Vermächtnißnehmer die Leistung aus dem Vermächtnisse, mit welchem er bedacht ist, zu fordern befugt ist." In den Motiven V. S. 192 fg. haben die hervorgehobenen Bedenken gegen diesen Grundsatz keine Würdigung gefunden.

9) Vgl. Savigny, System VIII. S. 231 fg. Windscheid, Pand. II. §. 282. Brinz, Pand. II. §. 290 S. 451 fg. Mommsen Beiträge III. §. 22 insbesondere S. 217 fg. 223 fg. Reatz, Lehre v. Erfüllungsort §. 9—12. Cohn, die actio de eo quod certo loco §. 6. Schulin, z. Lehre v. Erfüllungsort. Basel 1879. (Mir leider erst zu spät bekannt geworden.)

den Grundsätze beschränken, gelegentlich streifen. Dazu sind wir um so mehr berechtigt, als die Quellen gerade bei den Vermächtnissen sich eingehend mit dem Leistungsort beschäftigen. Ob und inwieweit die hier anerkannten Grundsätze bei den Obligationen überhaupt zur Anwendung kommen müssen, ist hier nicht weiter zu untersuchen.

Zwei Fragen sind hier auseinander zu halten.[10]) Nämlich 1) wo hat der Belastete das Vermächtniß zu erfüllen? und 2) wo kann gegen ihn auf Leistung geklagt werden? Wir haben es vorläufig nur mit der ersten Frage zu thun.

Vor Allem ist in betreff des Erfüllungsortes der Wille des Vermächtnißgebers entscheidend. Der Ort, wo die Leistung erfolgen soll, kann zunächst ausdrücklich bestimmt sein. Er kann sich aber auch durch Auslegung der letztwilligen Verfügung unter Berücksichtigung der thatsächlichen Umstände mit Sicherheit ergeben. „Res legata ibi praestanda est, ubi testator voluit vel ubi verisimile est eum voluisse: et ita Julianus scripsit tam in propriis quam in alienis legatis.“[11]) Es ist dabei gleichgültig, ob eine individuelle oder der Gattung nach bestimmte Sache, ob eine Quantität oder eine Geldsumme den Gegenstand des Vermächtnisses bildet. Der Leistungsort kann ferner entweder im Interesse des Belasteten oder des Vermächtnißnehmers festgesetzt sein. Im ersteren Falle darf der Vermächnißnehmer die Leistung nur an diesem Orte beanspruchen, der Belastete braucht sie nur hier zu machen. Im letzeren Falle darf der Vermächtnißnehmer sie gerade an diesem Orte fordern, der Belastete muß sie hier vornehmen, so daß er hier zu leisten verpflichtet bleibt, gleich-

10) Scharf werden beide Punkte von Donellus, comment. l. VIII. c. 35 unterschieden.

11) Ulp. l. 47 pr. de legat. I.

viel wo sich zur Zeit der Einforderung des Vermächtnisses die Sache befinden mag, und ohne Rücksicht darauf, ob sie mit oder ohne sein Verschulden an einen anderen Ort gerathen ist. Im Interesse des Belasteten kann aber, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, die Festsetzung des Erfüllungsortes immer nur dann getroffen sein, wenn der Gegenstand des Vermächtnisses eine Gattungssache, Quantität oder Summe bildet, nicht aber wenn es sich um eine Spezies handelt.[12])

Abgesehen von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Festsetzung des Leistungsortes kommt folgende Unterscheidung in Betracht:

A. Ist eine individuelle Sache (certa res) vermacht, so hat die Leistung da zu erfolgen, wo sich die Sache zur Zeit des Erbfalles befindet. Und ebenso verhält es sich, wenn beim Vermächtniß einer Quantität oder Summe die Leistung auf das in einem bestimmten Raume oder an einer bestimmten Oertlichkeit Befindliche beschränkt ist. Wenn jedoch die Sache nach dem Tode des Erblassers an einen anderen Ort gerathen ist, ohne daß dem Belasteten daraus ein Vorwurf gemacht werden kann, hat er sie da, wo sie gegenwärtig ist, zu leisten.[13]) Dies findet sich in folgenden Stellen ausgesprochen:

l. 47 pr. §. 1 D. de legat. I. — Sed si res alibi sit quam ubi petitur, primum quidem constat ibi esse praestandam, ubi relicta est, nisi alibi testator voluit: . . et ita Julianus scripsit . . Sed si alibi relicta est, alibi autem ab herede translata est . . sine dolo, ibi praestabitur quo transtulit. — Sed si id petatur quod pondere numero mensura conti-

12) Vgl. Reatz a. a. O. S. 15 fg.

13) Ueber die fragliche Ausnahme in betreff servus fugitivus vgl. oben S. 157 fg.

netur, si quidem certum corpus legatum est, veluti frumentum ex illo horreo vel vinum ex apotheca illa, ibi praestabitur ubi relictum est, nisi alia mens fuit testantis. (Ulpian. l. 22 ad Sabin.)

l. 38 D. de iud. 5, 1. Quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet ubi est . . . Praeterea quod pondere aut numero aut mensura continetur, . . si adiectum fuerit „centum modios ex illo horreo“ aut „vini amphoras ex illo dolio.“ (Licin. Rufin. l. IV. Regul.)

l. 108 pr. de legat. I. — quoniam rem legatam eo loco praestare heres debeat, in quo a testatore sit relicta. (African. l. V. Quaest.)[14])

Dabei bleibt jedoch noch eine Frage zu erledigen. Nämlich ist dem Erben bloß die Befugniß gewährt, am Orte der Lage die Sache zu leisten, oder hat der Vermächtnißnehmer zugleich das Recht, die Leistung dort zu verlangen? Die Meinungen sind getheilt.[15]) Daß die Bestimmung zunächst mit Rücksicht auf den Belasteten ge-

14) Die, wie Wetzell a. a. O. meint, „sinnreiche“ Vermuthung Savignys a. a. O. S. 231. Anm. x., daß diese Stelle in ihrer ursprünglichen Fassung sich bloß auf das legatum sinendi modo bezogen hätte, schwebt völlig in der Luft.

15) Die erstere Auffassung wird namentlich von Savigny vertreten, nach welchem es sich hier um eine „bloße auf Billigkeit gegründete Begünstigung des Schuldners“ handelt, welche „mit dem Erfüllungsort gar nichts zu schaffen hat.“ Ihm haben sich angeschlossen u. A. Wetzell, Civilproz. 2. Aufl. §. 45. S. 445, Bethmann-Hollweg, röm. Civilproz. II. S. 128. Anm. 16, Mommsen, a. a. O. S. 218. Für die letztere Auffassung s. Reatz S. 67 fg. 79 fg. Cohn S. 125.

troffen ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Aber andererseits kann auch der Bedachte ein Interesse daran haben, daß die Leistung dort, wo sich die Sache befindet, erfolge. Man setze nur den Fall, daß derselbe eben dort wohnt, oder daß er die Sache dort am besten verwerthen kann; z. B. er hat in der Nähe ein Landgut und es ist ihm Vieh oder Saatgetreide vermacht. Sollte nun etwa der Erbe die Leistung an jenem Orte aus reiner Chikane verweigern dürfen, während sie ihm selbst dort weder nachtheilig noch beschwerlich ist, indem er sich darauf beruft, daß er nur befugt aber nicht verpflichtet wäre, die Sache da zu leisten, wo sie sich befindet? Davon kann offenbar nicht die Rede sein. So werden wir denn sagen können: die Sache muß da, wo sie ist, dem Vermächtnißnehmer auf seine Anforderung geleistet werden und der Belastete geräth in Mora, wenn er dieser Anforderung nicht nachkommt.[16]) Das gilt nicht bloß dann, wenn die vermachte Sache an jenem Orte sich schon beim Tode des Erblassers befand, sondern auch,

16) Das wird freilich noch nicht bewiesen durch l. 26 §. 1 D. de legat. I. (Pompon.), wonach der Erbe für den zufälligen Untergang der Sache nicht haftet „si certum corpus dare damnatus sit nec fecerit, quominus ibi ubi id esset traderet;“ denn hier ist ja der Erbe gerade zur Leistung an diesem Orte bereit. Diese Stelle wird mit den vorhin angeführten von Reatz S. 38—42 in der Weise historisch combinirt, daß Julian und African dem Erben nur das Recht, die Sache am Orte der Lage zu leisten gegeben hätten, daß dann aber von Pomponius die Lehre umgestaltet und dem Erben die Verpflichtung, die Sache an jenem Orte auf Anforderung des Legatars zu leisten, auferlegt wäre. Das kann man kaum noch eine Hypothese nennen, — ganz abgesehen davon, daß die Zeitfolge der Juristen und ihrer bezüglichen Schriften hiebei ignorirt wird.

wenn sie von dem Belasteten später dorthin gebracht war. Man darf aber auch nicht etwa den Belasteten zur Leistung am Orte ubi res relicta est aus dem Grunde für verpflichtet halten, weil letzterer als der vom Erblasser durch stillschweigende Willenserklärung bestimmte Erfüllungsort anzusehen sei.[17]) Denn sonst müßte der Belastete stets verpflichtet bleiben, dort zu leisten, selbst wenn die Sache ohne seine Schuld sich dort nicht mehr befindet, was den Quellen entschieden widerspricht.[18])

Hat nun aber der Belastete die vermachte Sache nach dem Tode des Erblassers arglistigerweise nach einem anderen Orte hingebracht, so soll er sie an dem Orte der erhobenen Klage leisten, sie also auf eigene Kosten und Gefahr dort hinschaffen müssen.

l. 47 pr. cit. — Si res alibi sit, quam ubi petitur. . . Sed si alibi relicta est, alibi autem ab herede translata est dolo malo eius: nisi ibi praestetur ubi petitur, heres condemnabitur doli sui nomine.

l. 38 cit. Quod legatur . . ibi dari debet ubi est,

17) Er kann es sein, braucht es aber nicht zu sein.

18) Cohn S. 124 fg. scheint den Ort der Lage der Sache als eigentlichen Erfüllungsort in dem Sinne aufzufassen, daß auch an diesem Orte ein besonderer Gerichtsstand bestehe und die act. arbitraria de eo quod certo loco zutreffend sei. Dagegen würde aber doch sprechen, daß dieser Ort, ebenso der Umstand, ob die Sache durch dolus oder ohne dolus des Erben von dem bisherigen Orte weggekommen ist, dem Kläger (Legatar) meistens unbekannt sein wird. Ueberhaupt kommt jene Klage m. E. nur zur Anwendung, wenn der Erfüllungsort durch Willenserklärung festgesetzt war, während sie nach Cohn auch da stattfinden soll, wo der Leistungsort aus der Natur der Leistung sich ergiebt oder durch gesetzliche Vorschrift bestimmt wird. Vgl. l. 5 D. de eo qu. certo loc. 13, 4.

nisi si dolo malo heredis subductum fuerit: tunc enim ibi dari debet ubi petitur.[19])

Eine Arglist wird aber schon dann angenommen werden müssen, wenn der Erbe in Kenntniß des Vermächtnisses die Ortsveränderung bewirkt hat, es sei denn, daß er dies zum Zwecke der Erhaltung oder der Sicherung der Sache oder sonstwie im Interesse des Legatars selber gethan hat. Also der Erbe verliert hier die ihm sonst zuständige Befugniß, die Sache am Orte ihrer gegenwärtigen Lage dem Vermächtnißnehmer zu leisten. Das ist ganz klar, wenn die Sache am Klageorte selbst, an dem sich wohl auch die Erbschaft befindet, vom Erblasser zurückgelassen war, welchen Fall, wie es scheint, die römischen Juristen zunächst vor Augen hatten. Wie nun aber, wenn die Sache schon vorher sich an einem anderen Orte befunden hatte? Behält nun der Erbe das Recht, die Sache an dem Orte der früheren Lage zu leisten, so daß er durch Anbieten der Leistung daselbst den Legatar in Mora versetzen könnte? Die Aussprüche der Quellen lauten so allgemein, daß es beinahe den Anschein hat, als ob der Erbe durch seinen Dolus jenes Recht verwirkt habe. Es soll nun kein Gewicht darauf gelegt werden, daß, wie so eben bemerkt worden ist, in den Quellen der Fall vorausgesetzt wird, daß die Sache sich vorher da ubi petitur befunden hatte. Jedenfalls ist aber die Tendenz jener Bestimmung keine andere als die, daß der Legatar durch das arglistige

19) Das Wort debet wird hier, was auch Cohn S. 125 Anm. dagegen einwenden mag, vom Juristen doch doppelsinnig gebraucht, das erste Mal in der Bedeutung von Dürfen, das zweite Mal in der Bedeutung von Müssen. Damit wird „dem Sprachgefühl der Leser" ebensowenig „zu viel zugemuthet," als wenn wir übersetzen: die vermachte Sache ist da zu leisten u. s. w.

Fortbringen der Sache keinen Nachtheil erleiden soll. Es wäre die Auffassung, daß der Erbe für seinen Dolus zum Vortheil des Legatars gestraft sein solle, gewiß eine verkehrte. So würde es sich aber verhalten, wenn dem Erben die Befugniß, die Sache da ubi relicta est zu leisten entzogen wäre.[20]) Und müßte man dann nicht auch consequent ihm diese Befugniß absprechen, wenn er die Sache mittlerweile an jenen Ort bereits wieder zurückgebracht hätte? Wir gelangen somit zu dem Resultat, daß die arglistige Wegschaffung der Sache dem Belasteten noch nicht das Recht nimmt, die Leistung da vorzunehmen, wo sich die Sache früher befunden hatte; erst mit der Klageerhebung verliert er dies Recht und muß die Leistung am Klageorte erfolgen.

Andererseits ist der Belastete auch hier ebenso, wie in dem Falle, wenn die Sache von Anfang an sich daselbst befunden hatte, verpflichtet, auf Verlangen des Vermächtnißnehmers die Leistung am Orte der gegenwärtigen Lage zu machen. Ferner ist der Vermächtnißnehmer nicht darauf beschränkt, die Erfüllung am Klageorte zu beanspruchen, sondern bleibt berechtigt, ihre Leistung am Orte der ehemaligen Lage (ubi res relicta est) zu fordern, da ihm durch den Dolus des Belasteten unmöglich der Vortheil einer bequemeren Empfangnahme und besseren Verwerthung der Sache entzogen werden kann.[21]) Man nehme nur an, daß an diesem Orte der Legatar selbst wohnt und daß der

20) Z. B. die Sache befand sich in Rom, der Erbe hat sie nach Capua gebracht, Erbe und Legatar wohnen in Alexandria, und hier verlangt der letzere die Leistung.

21) So auch Reatz S. 78 fg., Cohn S. 125 und, sich selbst widersprechend, Mommsen S. 218. 222. Anm. 17. Anderer Meinung ist Brinz S. 455, welcher jedoch dem Gläubiger die Prästation des Ortsinteresses vorbehält.

Erbe die Sache nach seinem eigenen entfernten Domicil weggebracht hat.

Es wäre nur noch die Frage zu beantworten, ob der Legatar die Herbeischaffung der an einem anderen Orte hinterlassenen oder ohne Verschulden des Erben dorthin gelangten Sache nach dem Klageorte, damit er sie daselbst in Empfang nehme, oder gar die Uebersendung derselben an ihn auf eigene Kosten und Gefahr verlangen könne. Die Quellen des römischen Rechts enthalten keine besondere Bestimmung hierüber; denn daß die hinsichtlich der Zurückschaffung eines entflohenen Sklaven geltenden Grundsätze nicht ohne Weiteres auf den Fall angewendet werden können, wenn sich die Sache an einem anderen Orte befindet, haben wir früher gesehen. Ueberhaupt findet sich nur beim Depositum der Satz ausgesprochen, daß nach Analogie der act. ad exhibendum der Kläger den Transport der Sache nach dem Klageort durch den Depositar, aber auf eigene Kosten verlangen könne.[22]) Ob diese Entscheidung auf alle Obligationen, oder auf welche andere sie übertragen werden könne, ist hier nicht weiter zu untersuchen.[23])

22) l. 12 §. 1 D. depos. 16, 3. l. 11 §. 1 D. ad exhib. 10, 4.

23) Darüber vgl. Ihering in seinen Jahrb. IV. S. 428 fg. Reatz §. 15—17. Mir scheint die Entscheidung auf die auf Restitution gerichteten Obligationen (selbstverständlich abgesehen von denjenigen, die den Schuldner zum Bringen verpflichten) beschränkt werden zu müssen. Jedenfalls läßt sich aus ihr nicht wie Brinz, Pand. II. S. 457 es thut, die allgemeine Regel ableiten, daß „auf eigene Gefahr und Kosten der Gläubiger die Sache anstatt zu holen, sich auch schicken lassen könne." Es dürfte auch die Bemerkung nicht überflüssig sein, daß in l. 12 §. 1 cit. der Satz „eadem dicenda — iudiciis" parenthetisch zu nehmen ist.

Unzweifelhaft hat der Legatar dem Prinzip nach die Sache beim Erben bezw. da in Empfang zu nehmen, wo sie sich sine dolo malo desselben befindet. Im letzteren Punkte unterscheidet sich das Vermächtniß sehr erheblich von der Stipulation, obwohl die durch dasselbe begründete Obligation ebenfalls stricti iuris ist: der belastete Erbe ist günstiger gestellt als der Promissor. Der Grund hievon ist nicht weit zu suchen. Er liegt einmal in dem Willen des Erblassers; denn es ist anzunehmen, daß dieser dem Legatar die Sache so zuwenden wollte, wie er sie selbst hatte; mithin kann der Erbe auch nur für belastet gelten, die vermachte Sache da hinzugeben, wo sie sich beim Tode des Erblassers, als in dem Augenblicke, in dem das Vermächtniß ins Leben tritt, befindet. Sodann ist der Umstand in Betracht zu ziehen, daß nicht durch den Erben, sondern durch den Erblasser die Obligation begründet wird (vgl. oben S. 55) und somit auch nicht die Verbindlichkeit des ersteren, wenn ohne seine Verschuldung die Sache an einen anderen Ort hingerathen ist, vergrößert werden kann.[24]) Aber seine Verbindlichkeit erfüllt der Erbe doch nicht schon damit, daß er zur Leistung der Sache da, wo sie sich befindet, bereit ist. Nicht die bloße Ueberlassung

24) Aus demselben Grunde muß auch bei den Condictionen auf Rückgabe (insbesondere bei der cond. indebiti) der Schuldner nicht am Klageorte, wie Mommsen S. 216 Anm. 6 annimmt, sondern darf am Orte der Lage die Sache leisten. — Uebrigens wird es kaum in Abrede gestellt werden können, daß die dem Erben gewährte Befugniß, die Sache, welche er selbst, jedoch ohne Verschuldung verbracht hat, am Orte der Lage zu leisten, nicht ganz mit dem Grundsatz übereinstimmt, daß er verpflichtet bleibt, wenn durch seine ohne Kenntniß des Vermächtnisses vorgenommenen Handlung die Sache in Verlust gerathen ist (§. 1526. e.).

oder Abtretung der Sache bildet den Inhalt der Vermächtnißobligation, sondern dem Erben ist durch das Vermächtniß die Verpflichtung auferlegt, das Seinige zu thun, damit die wohlwollende Absicht des Erblassers, dem Legatar den Gegenstand der Zuwendung zu beschaffen, erreicht werde. Diese würde aber leicht vereitelt, ja dem Willen des Erblassers geradezu Hohn gesprochen werden, wenn der Erbe den Legatar stets mit der Aufforderung, die vermachte Sache sich da zu holen, wo sie ist, sollte zurückweisen und sogar in Mora versetzen können.

Die Annahme, daß der Erbe gehalten war, auf Verlangen des Legatars die vermachte Nachlaßsache nach dem Klageort zu schaffen, wird kaum Widerspruch finden. Der Anwendung dieses für das Depositum ausgesprochenen Grundsatzes auf die Vermächtnißobligation steht um so weniger ein Bedenken entgegen, als er ja beim Vindicationslegat unzweifelhaft platzgreift. Aber damit allein kommen wir nicht aus. Die obigen Erwägungen drängen uns vielmehr zu der weiteren Annahme, daß der Erbe schon vor der Klagerhebung dem Vermächtnißnehmer die Sache auf dessen Kosten zu übersenden hat, ohne Unterschied zwischen Damnations- und Vindicationslegat. Durch das Vermächtniß ist dem Erben immer eine positive Thätigkeit und Mühewaltung im Interesse des Bedachten auferlegt. Wenn er sogar in dem Falle, daß der vermachte Sklave entlaufen oder die Sache weggekommen ist, „operam praestare debet, ut eam rem requirat et praestet,“ so wird man von ihm auch die geringe Mühe der Zusendung oder Besorgung des Transportes in Anspruch nehmen müssen. Sonst käme man schließlich dahin, daß der Erbe den bei ihm befindlichen Vermächtnißgegenstand, den er ohne jede Schwierigkeit verschicken könnte, trotz der ergangenen Aufforderung zur Uebersendung ruhig behalten dürfte, wenn der an einem weit entfernten Orte wohnende Legatar nicht in der Lage ist,

ihn beim Erben selbst abzuholen, und auch am Wohnsitze des letzteren niemand kennt, den er mit der Empfangnahme der Sache zu beauftragen vermöchte! Auch hier würde wieder die Analogie des Mandates sich verwerthen lassen. Wie der Mandatar schon infolge des Auftrages verbunden ist, den für den Auftraggeber empfangenen oder erworbenen Gegenstand in dessen Hände zu schaffen, also nöthigenfalls gegen Ersatz der Transportkosten zu bringen oder zu schicken, so ist auch für den Erben durch die Vermächtnißauflage selbst eine gleiche Verpflichtung hinsichtlich der dem Legatar zugewendeten Sache begründet. Er würde mithin mit seiner Leistung in Mora gerathen, wenn er den Vermächtnißgegenstand dem Legatar auf dessen Anfordern zu übersenden sich grundlos weigerte. Und erfüllte schon bei den Römern der Erbe seine Vermächtnißverbindlichkeit dem erblasserischen Willen entsprechend erst durch die Zusendung der vermachten Sache, so wird dies bei dem so erleichterten Transportverkehr unserer Zeit um so mehr im heutigen Recht gelten müssen.

Nach zwei Richtungen hin muß aber die Verpflichtung zur Uebersendung der Sache begrenzt werden. Zunächst braucht der Erbe den Vermächtnißgegenstand nur dann zu verschicken, wenn er für die ihm erwachsenden Transportkosten hinreichend gesichert ist. Sodann ist jene Verpflichtung überhaupt nicht begründet, wenn für den Legatar keine Schwierigkeit besteht, die Sache beim Erben oder am Orte der Lage in Empfang zu nehmen, oder wenn die Zusendung für den Erben mit unverhältnißmäßiger Mühewaltung verknüpft wäre.[25]) Kann es doch auch kommen, daß die Verschaffung der Sache durch ihre Lage selbst unmöglich gemacht wird. Im Einzelnen wird also hinsichtlich

25) Darüber vgl. Reatz a. a. O. S. 73 fg.

der Transportverbindlichkeit das richterliche Ermessen zu entscheiden haben.

Es ist bisher nur vom Vermächtniß einer Erbschaftssache die Rede gewesen. Mit gutem Grunde. Denn nur von einem solchen handeln die Quellen, indem sie die Frage erörtern, an welchem Orte der Erbe die Leistung zu machen habe. Die Neueren haben dies nicht beachtet und aus den nur für diesen Fall gegebenen Entscheidungen, unbewußt generalisirend, eine für alle Vermächtnisse einer individuellen Sache überhaupt geltende Regel entnommen. Eine solche Regel ist aber innerlich ebenso unbegründet wie äußerlich unbeglaubigt. Die Verhältnisse liegen ganz anders beim Vermächtniß einer dem Erben oder einem Dritten gehörigen Sache, wie bei dem einer Nachlaßsache, und schon öfters haben wir Gelegenheit gehabt, zu bemerken, wie sich verschiedene Rechtswirkungen an beiderlei Vermächtnisse anknüpfen. Der Grund, welcher, wie wir gesehen haben, beim Vermächtniß einer Sache des Erblassers die Befugniß des Erben, am Orte der Lage (ubi res relicta est, ubi translata est sine dolo) zu leisten, rechtfertigt, ist bei Vermächtnissen anderer Sachen in keiner Weise zutreffend. Da behält es sein Bewenden bei dem Grundsatz, wonach der Klageort auch der rechte Erfüllungsort ist. Und dieser Unterschied besteht nicht etwa erst im justinianischen Recht, welches dem Vermächtniß einer eigenen Sache dingliche Wirkung verleiht, sondern schon im klassischen Recht, so daß es nicht auf die Form, sondern auf den Gegenstand des Vermächtnisses ankommt. Mithin steht es hinsichtlich des Ortes der Leistung beim Vermächtniß einer dem Erben gehörigen oder einer fremden Sache nicht anders, wie bei der Stipulation. Der Vermächtnißnehmer kann die Leistung am Klageort verlangen und dem Belasteten liegt es ob, die Sache auf eigene Kosten dorthin zu bringen. Daß der Belastete nicht auch die Gefahr

des Transportes zu tragen hat, wäre überflüssig noch besonders zu beweisen. Von selbst versteht es sich ferner, daß auch hier der Bedachte, ebenso wie beim Vermächtniß einer Erbschaftssache die Uebersendung auf seine Kosten beanspruchen kann.

B. So viel von dem Vermächtniß einer individuellen Sache. Handelt es sich um das Vermächtniß einer Geldsumme oder einer Quantität vertretbarer Sachen, oder um eine bloß der Gattung nach bestimmte Sache, so hat der Belastete da zu leisten, wo geklagt wird, vorausgesetzt natürlich, daß ein Gerichtsstand für die Klage begründet ist. Also, muß man weiter sagen, hat die Leistung auf Verlangen des Legatars an dem Orte zu erfolgen, wo derselbe sie nach allgemeinen Grundsätzen gerichtlich einzufordern berechtigt ist.[26])

l. 47 §. 1 cit. — Sin vero non fuit certa species, ibi erit praestandum ubi petitur.

l. 38 cit. Quod pondere aut numero aut mensura continetur, ibi dari debet ubi petitur.

l. 1 D. de ann. leg. 33, 1. — quocumque loco petetur, dari debet, sicuti ex stipulatu . . petatur. (Pompon.)

Auch hier wird der Belastete unter denselben Voraussetzungen, wie im ersten Falle zur Uebersendung verpflichtet sein. Dies ist namentlich bei einem Geldvermächtniß für das heutige Recht unzweifelhaft. Die Versendung geschieht nicht bloß auf Kosten, sondern auch — was hier, da es

26) Auf die so streitige Frage, wo der Schuldner leisten müsse, kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. darüber Windscheid Pand. II. §. 282 Anm. 5., dem ich i. G. beistimme, Dernburg, Pand. II. §. 32 Anm. 6. Brinz, Pand. II. S. 453 Anm. 73.

sich um eine Quantitätsleistung handelt, besonders hervorgehoben werden muß — auf Gefahr des Vermächtnißnehmers.

Besondere Bestimmungen gelten im klassischen Recht für Fideicommisse;[27]) jedoch ist das vorhandene Quellenmaterial zu dürftig, als daß wir zu ganz sicheren Ergebnissen gelangen könnten, wie es überhaupt schwer hält, ja wohl unmöglich ist, darüber völlig ins Reine zu kommen, wie sich die Durchführung von Fideicommißansprüchen praktisch gestaltete. Wenigstens ist aber soviel gewiß, daß für Fideicommisse ein Gerichtsstand nicht bloß am Domicil des Erben, sondern auch am Orte der Lage der Erbschaft begründet war, so daß wenn der Erbe in Rom wohnte, die Erbschaft aber in der Provinz hinterlassen war, der Fideicommissar nach seiner Wahl hier wie dort den Erben auf Leistung des Fideicommisses in Anspruch nehmen konnte.[28]) Andererseits aber brauchte der Erbe nicht an

27) Reatz, §. 12. Cohn S. 62 fg. und von den Aelteren besonders Donellus comment. XVII. c. 15.

28) l. un. C. ubi fid. 3, 17. Fideicommissum ibi petendum, ubi hereditas relicta est, dubitari non oportet. (Reskript von Sever. et Anton. wie in l. 51 D. de iud. 5, 1) vgl. Paul. l. 68 §. 4 D. ad SC. Treb. 36, 1. Ulp. l. 50 §. 2 cit. Sed et rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet. Der Erbe kann, wie Bülow, Prozeßeinreden S. 103 richtig bemerkt, zwar auch, aber nicht bloß dort, wo die Erbschaft bezw. maior pars hereditatis sich befindet, belangt werden. Als Erfüllungsort galt dieser Ort im Interesse des Erben, ein Gerichtsstand an demselben war im Interesse des Fideicommissars anerkannt, der hier die bereiten Mittel zu seiner Befriedigung fand. War eine bestimmte Erbschaftssache, namentlich ein Grundstück, vermacht, so galt für den Fideicommißanspruch derselbe Gerichtsstand; was dagegen seine Durchführung mittelst in rem missio anbetrifft, so konnte das Verfahren nur bei dem am Orte

seinem Wohnsitz das Fideicommiß zu entrichten, sondern konnte die Leistung da machen, wo die Erbschaft selbst, oder, wenn Nachlaßbestandtheile an verschiedenen Orten sich befanden, wo der größere Theil der Erbschaft gelegen war. Dies galt jedoch nur, wenn eine generisch bestimmte Sache (Summe, Quantität, Gattungssache) vermacht war. Bildete dagegen den Gegenstand des Fideicommisses eine individuell bestimmte Sache, so mußte sie nach den sonst geltenden Grundsätzen am Klageorte oder, wenn es eine zur Erbschaft gehörige Sache war, da, wo sie sich befand, geleistet werden. Dies ist das Resultat der Auseinandersetzung Ulpians in l. 50 pr. l. 52 §. 3 D. de iud. 5, 1:[29])

der Lage competenten Magistrat (z. B. praeses provinciae) stattfinden.

29) Ganz ohne Grund beschränkt Savigny a. a. O. S. 232 die Bestimmung, daß das Fideicommiß ibi ubi maior pars hereditatis est geleistet bezw. gefordert werden könne (wie übrigens schon Hotomanus observ. III. c. 7) auf das Universalfideicommiß. So auch Brinz, S. 456 Anm. 85, der sich jedoch in betreff des Quantitäten-Vermächtnisses zweifelnd äußert. Daß die in l. 50—52 cit. erörterte praescriptio nicht eine praescr. fori ist, durch welche die Zulässigkeit des Prozesses bei dem vom Fideicommissar gewählten Gericht bestritten wird, sondern sich auf den Erfüllungsort bezieht, hat Bülow a. a. O. S. 102 gut nachgewiesen. Dabei bleiben aber in betreff der weiteren Verfolgung des Fideicommißanspruches manche Fragen offen. Absolviert nun der praetor fideicommissarius überhaupt d. h. ergeht die pronuntiatio auf fideicomm. non solvi debere, wenn der Erbe mit dem Einwand, daß die major pars hereditatis in der Provinz sich befinde, durchdringt, so daß es dann etwa dem Fideicommissar noch freigestanden hätte, dort zu klagen? oder nur unter Cautionsstellung in betreff der Leistung an jenem Orte? Oder lautete etwa die Entscheidung auf „in provincia

Si fideicommissum ab aliquo petatur isque dicat alibi esse maiorem partem hereditatis, non erit ad praestationem compellendus; et ita multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum ubi maior pars hereditatis est: nisi si probetur eo loco voluisse testatorem fideicommissum praestari ubi petitur. —

Si ea res quae per fideicommissum relicta est eo loci sit, dicendum est non deberi praescribi ei qui petit, quasi maior pars hereditatis alibi sit.[30])

Dieser Bestimmung liegt das Motiv zu Grunde, daß der Erbe allzusehr beschwert sein würde, wenn man ihn nöthigte, am Gerichtsort, ohne Rücksicht auf die ihm hier zur Verfügung stehenden Mittel zu leisten, während solche

solvi debere" u. dgl.? und wäre an dieses Urtheil überhaupt der Richter in der Provinz (Statthalter), durch dessen Vermittelung es doch nur hätte durchgeführt werden können, gebunden gewesen?

30) Versteht man die Stelle von einer certa res, so ist der Satz recht trivial. Die Voraussetzung, daß der Erbe etwa sagen könnte: „die vermachte Spezies habe ich hier in Rom freilich bei mir, da aber der größere Theil des Nachlasses sich in Afrika befindet, werde ich sie dir dort leisten", — wäre doch mehr als absonderlich. Man würde wohl Ulpian Unrecht thun, wenn man ihm eine solche Abgeschmacktheit zumuthet. Wir müssen daher unter res quae per fideicommissum relicta est den Vermächtnißgegenstand überhaupt verstehen, der ja nicht eine individuelle Sache zu sein braucht. Denken wir uns, es wäre eine Quantität Getreide oder eine Geldsumme vermacht und der Erbe hätte das zu dem in der Provinz befindlichen Nachlaß gehörige Getreide oder baare Geld nach Rom geschafft; dann würde er den ihm hier in Anspruch nehmenden Fideicommissar nicht mit dem Einwande „ubi maior pars hereditatis" zurückweisen können.

in dem am anderen Orte gelegenen größeren Theile der Erbschaftsmasse bereit sind.[31]) Jedoch darf der Erbe die Entrichtung des Fideicommisses da, wo es eingefordert wird, nicht verweigern, wenn die Verweisung des Fideicommissars an den Ort, wo der größere Theil der Erbschaft sich befindet, dem Willen des Erblassers widersprechen würde. Und letzteres ist regelmäßig anzunehmen, wenn der am Orte der Einforderung befindliche geringere Theil des Nachlasses zur

31) S. über die Motive auch Reatz S. 58 fg. „Sehr willkürlich" kann man jene Vorschrift doch mit Savigny S. 230 kaum nennen, obwohl es freilich richtig ist, daß die Bestimmung der maior pars des Nachlasses häufig Schwierigkeit machen kann. Uebrigens kommt es nicht sowohl darauf an, wo der größere Theil der Erbschaft hinterlassen war, als vielmehr wo er sich zur Zeit der Einforderung des Fideicommisses befindet. Mit jenem Motiv steht nicht in Widerspruch, daß hiebei nach l. 50 §. 1 cit. nur auf die Activmasse gesehen wird. Der Erbe kann sich also dem Fideicommissar gegenüber nicht darauf berufen, daß gerade an dem Orte, wo er in Anspruch genommen wird, der Betrag der zu deckenden Erbschaftsschulden ein sehr großer ist, so daß ihm etwa nach Abfindung der Erbschaftsgläubiger hier von Erbschaftsmitteln nichts mehr übrig bleiben würde. „Sed hic placuit nihil facere aeris alieni nomen, cum non loci sit aes alienum sed universarum facultatum: aes enim alienum patrimonium totum imminuere constitit, non certi loci facultates." Das ist gewiß vom streng juristischen Standpunkt aus unanfechtbar. Ob es aber auch einer billigen Rücksichtnahme auf den Erben entspricht, welcher nach Entrichtung des Vermächtnisses den Erbschaftsgläubiger gegenüber leicht in eine üble Lage kommen könnte, ist eine andere Frage; wie ja auch Ulpian selbst eine Ausnahme von dem Grundsatz in dem weiteren Fortgange der l. 50 §. 1 cit. zugesteht.

Befriedigung des Fideicommissars völlig ausreicht.[32]) Endlich verliert der Erbe auch das Recht, sich mit der Berufung auf die Lage des erbschaftlichen Vermögens gegen den an seinem Domicil erhobenen Anspruch zu vertheidigen, wenn er hier mit der Erfüllung des Fideicommisses bereits den Anfang gemacht oder sich auf die Klage, ohne jenes Recht geltendzumachen, eingelassen hatte.[33])

Wenn man schließlich noch fragt, weshalb im römischen Recht gerade nur bei Fideicommissen, abweichend von den Legaten, der Ort der Lage der Erbschaft als Erfüllungsort und als Gerichtsstand anerkannt war, so haben wir den Grund hievon, wie man längst erkannt hat, in der bei den Fideicommissen stattfindenden extraordinaria cognitio zu suchen.[34]) Es ist ein ius extraordinarium, mit welchem wir es hier bei den überhaupt dem Gebiete desselben angehörigen Fideicommissen zu thun haben. Die von dem gemeinen, historisch begründeten und durch die Jurisprudenz weiter ausgebildeten Rechte der Legate abweichenden Bestimmungen bei den Fideicommissen beruhen auf der „Motive der Billigkeit und Zweckmäßigkeit berücksichtigenden" kaiserlichen Gesetzgebung. Gerechtfertigt waren sie ferner durch das besondere bei der persecutio fideicommissi stattfindende Verfahren, während ein gleiches Bedürfniß bei der Durchführung des Vermächtnißanspruches im ordentlichen Verfahren für die Legate nicht hervortrat. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die früher einzig für Fideicommisse bestehenden Grundsätze seit der im justinianischen Recht erfolgten Ausgleichung der Fideicommisse und Legate auch für die letzteren, also für Vermächtnisse von

32) l. 52 §. 1. 2. cit.

33) l. 50 §. 2 — l. 52 pr. cit.

34) Bethmann-Hollweg, Röm. Civilproz. II. S. 429, Savigny S. 232, Wetzell a. a. O. §. 41 Anm. 26.

Quantitäten, Summen und bloß generisch bestimmten Sachen überhaupt Geltung haben müssen.[35]) Wenn in den Digesten neben denselben die bei den Legaten geltenden abweichenden Grundsätze Aufnahme gefunden haben, so ist dies einem Versehen der Compilatoren zuzuschreiben,[36]) die es ja bei der Ausziehung und Zusammenstellung der auf Vermächtnisse bezüglichen Stellen überhaupt versäumt haben, der justinianischen Ausgleichung der Legatsformen und der Verschmelzung von Legaten und Fideicommissen hinreichend Rechnung zu tragen.

C. Wird das Vermächtniß mit dinglicher Klage geltend gemacht (war die Sache also zur Zeit des klassischen Rechtes per vindicationem legirt), so ist es zunächst unfraglich, daß die vermachte Sache da wo sie sich befindet dem Legatar herausgegeben werden muß. Nur daß auch hier, ebenso wie wir es vorhin bei der Einforderung mit der persönlichen Klage gesehen haben, der Erbe, wenn er die Sache unredlicher Weise an einen anderen Ort weggebracht hatte, sie da wo sie sich ursprünglich befand, restituiren muß. Ferner hat er sie auf Verlangen des Legatars auf dessen Kosten und Gefahr an den Klageort zu schaffen. Es kommen hier also nur die allgemeinen bei der rei vindicatio überhaupt geltenden Grundsätze zur Anwendung, wie sie uns Paulus in l. 10. 12 D. de R. V. 6, 1. mittheilt:

35) Das wird auch für das heutige Recht allgemein angenommen, vgl. statt Aller Windscheid II. §. 282 Anm. 6. Bei den früheren Juristen, insbesondere den sog. Praktikern, hat darüber kaum jemals ein Zweifel geherrscht, wenn ihnen auch hier der Satz „ibi dari debet ubi petitur“ manche Schwierigkeiten bereitet.

36) Das hat schon Vultejus (vgl. das Referat bei Hilliger. nr. 2 ad Donelli comm. l. c.) erkannt.

Si res mobilis petita sit . . . aut ibi restitui ubi res sit, aut ubi agitur, sed sumptibus petitoris . . Si vero ab eo loco, ubi lis contestata est, eam subtractam alio transtulerit, illic restituere debet, unde subtraxit, sumptibus suis.

Die Condemnation auf die litis aestimatio erfolgt erst, wenn der Beklagte nicht arbitratu iudicis restituirt. War die Sache nicht zur Stelle, so wurde der Urtheilsspruch nicht etwa verschoben, sondern der Beklagte wurde absolvirt gegen Stellung von Caution in betreff der Restitution der Sache am Orte der Lage, bezw. am Klageorte, und auch eventuellen Zahlung der bereits festgestellten litis aestimatio, falls die Restitution sei es durch seine Schuld, sei es — wenn er nämlich die Sache arglistigerweise weggeschafft hatte — überhaupt nicht erfolgte.[37]) Verlangt der Vindicant Restitution der Sache auf seine Kosten am Klageorte, so wird er selbst auch Caution in betreff des Ersatzes der Transportkosten stellen müssen, denn anderenfalls wäre ja der Beklagte nicht gesichert, wenn die Sache während des Transportes zufällig zu Grunde geht.[38])

Schwierigkeit hat nur der Auslegung von jeher der Schlußsatz der l. 38 D. de iud. 5, 1 (vgl. S. 401. 403. 411) bereitet:

Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet ubi res est; et si mobilis sit res, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim vindicari a legatario poterit.

37) l. 11 D. de R. V. 6, 1. §. 2 J. de off. iud. 4, 17.

38) Ebenso bei der act. ad exhibendum l. 5 §. 6. l. 11 §. 1 D. ad exhib. 10, 4. §. 3 J. de off. iud. 4, 17. Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß wenn der Kläger mit der Hauptklage später nicht durchdringt, er nun auch Gefahr und Kosten des Rücktransportes zu tragen hat.

Wenn man sich erinnert, daß das forum rei sitae dem klassischen römischen Recht unbekannt war,[39]) so kann im Sinne des Verfassers unsere Stelle unmöglich so verstanden werden, daß der Legatar die Vindication nicht an dem ordentlichen Gerichtsstande des Erben, sondern da, wo sich die Sache befindet, anstellen müsse, ja auch nur so, daß er sie hier anstellen dürfe. Ist dies ausgeschlossen, so bietet sich eine zweifache Auslegung dar. Man kann zunächst den Satz „ibi peti debet ubi res est" auf die Vindication gegen den Besitzer oder Detentor der an einem anderen Orte befindlichen Vermächtnißsache beziehen.[40]) Man kann aber auch das peti nicht in der Bedeutung von vindicari, d. h. von der Klagestellung, sondern von „in Anspruch nehmen" verstehen. Und dies wird durch die vorangehenden Wendungen „si per personalem actionem exigatur ibi dari debet ubi res est; ibi dari debet, ubi petitur," in welchen nicht vom Klageorte, sondern vom Leistungsorte die Rede ist, nahe genug gelegt. Der Jurist würde somit bloß sagen: das Vermächtniß darf nur eingefordert, d. h. seine Entrichtung beansprucht, also die Herausgabe der Sache verlangt werden an dem Orte, wo sie sich befindet. M. a. W. einzig an diesem Orte braucht der Erbe die Sache zu leisten.[41]) Daß die Stelle so auch im

39) Fragm. Vat. 326. l. ult. C. ubi in rem. 3, 19. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 74 fg. Vgl. Wetzell §. 41. III. S. 447.

40) Darauf hat Lycklama, membran. IV. 4, aufmerksam gemacht, daß hier nicht gegen den Erben als solchen, sondern gegen den Besitzer der Sache die dingliche Vermächtnißklage angestellt wird.

41) Das etiam ist also nicht mit peti zu verbinden und auf letzteres Wort der Nachdruck zu legen, wie Donellus (s. Anm. 43) will; denn man kann doch nicht übersetzen: „wenn mit der dinglichen Klage das Vermächtniß einge-

Sinne der Compilatoren aufgefaßt werden kann, liegt auf der Hand.[42]) Aber allerdings ist in ihr für das justinianische Recht zugleich der Satz enthalten, daß der Legatar auch da, wo sich die Sache befindet, die dingliche Klage gegen den Erben erheben darf,[43]) was ihm namentlich dann Vortheil gewährt, wenn er selbst an diesem Orte anwesend ist.

fordert wird, muß es da auch eingefordert werden, wo die Sache ist." Vielmehr muß etiam mit ibi verbunden und mit „ebenfalls" übersetzt werden, so daß hier der dingliche Vermächtnißanspruch dem persönlichen hinsichtlich des Ortes der Erfüllung des Vermächtnisses gleichgestellt wird. Allerdings sollte man statt „peti" eher „praestari" erwarten; wahrscheinlich aber hatte der Jurist (wie auch Lenel paling. I. p. 560 vermuthet) ursprünglich geschrieben: „Quod per damnationem legatur — Quod autem per vindicationem legatur", und die Stelle ist dann mit Rücksicht auf l. 1 C. comm. de leg. 6, 43 interpolirt worden.

42) So wird die Stelle von Vinnius sel. quaest. I. c. 18 verstanden, welcher von dem Ausdruck etiam ibi etc. sagt: „vim et effectum solutionis respicere, quia si alibi petatur, heres tamen eo loco, ubi res est, eam solvere potest." Darauf kommt auch hinaus, was Cohn S. 107 fg. bemerkt, daß mit jenem Ausdruck nicht der Klageort, sondern der Ort, „bezüglich dessen der Kläger verlangen kann, daß eben da die Leistung erfolge" bezeichnet werde. Seiner weiteren, ebenso gezwungenen wie umständlichen Interpretation, daß der Kläger nur berechtigt, aber nicht genöthigt sei, die Auslieferung der Sache gerade am Orte der Lage zu fordern, vermag ich jedoch nicht zu folgen.

43) Darf, nicht muß; vgl. überhaupt Glück in dem Comment. Th. 6. S. 288. Anm. 89 und Schulting-Smallenburg, notae ad Dig. in l. 38 cit. Mit Aufwand großen Scharfsinnes hat Donellus comm. XVII. c. 17 nr. 8 aus der l. 38 cit. deducirt, daß es für dingliche Klagen einzig ein forum rei sitae gebe; er ist jedoch mit dieser Ansicht ziemlich allein stehen geblieben.

Wenn der Jurist den Legatar schließlich noch auf die actio ad exhibendum verweist, so steht dies mit den vorangehenden Erörterungen über den Erfüllungsort nur in einem losen Zusammenhange. Diese Klage ist hier als Vorbereitung der Vindication in dem Falle gedacht, wenn die Sache nicht zur Stelle ist, insbesondere wenn der Legatar den Ort, wo sie sich befindet, nicht kennt, oder wenn sie dort von einem Anderen detinirt wird. Der Legatar erreicht — wie mit der rei vindicatio die Restitution, so — mit dieser Klage die Vorweisung der Sache sei es am Orte wo sie sich befindet, sei es am Gerichtsorte und zwar letzterenfalls die Herbeischaffung, je nachdem entweder auf seine eigenen oder auf des Beklagten Kosten und Gefahr, um dann sein Eigenthum geltendzumachen. Wie dann bei Durchführung der act. ad exhibendum, wenn der Erbe das Legat nicht zu bestreiten vermag, die Anstellung der Vindication auch überflüssig gemacht und so durch sie der Vermächtnißanspruch selbst realisirt wird, ist hier nicht weiter zu erörtern.[44])

44) Demelius, Exhibitionspflicht S. 199 fg. gründet auf den Schluß der l. 38 cit. den Satz, daß die Vorweisung der Sache überhaupt an dem Orte des Gerichtes, vor welchem die act. ad exhibendum stattfindet, geschehen, die Sache also durch den Exhibenten dorthin geschafft werden müsse, indem er die widersprechende l. 11 §. 1 D. ad exhib. 10, 4 dadurch zu beseitigen sucht, daß in ihr die Frage nach dem Exhibitionsort unzulässigerweise mit der anderen Frage, wer die Kosten der Hinschaffung zu tragen habe, „identificirt“ werde. Das scheint auf den ersten Blick nur auf einen Streit um Worte hinauszukommen. Jedenfalls wird doch Demelius nicht annehmen, daß der Beklagte die Sache sua sponte auf Gefahr und Kosten des Klägers nach dem Gerichtsort bringen dürfe. Und wie, wenn sich hinterher herausstellt, daß der Kläger auf

III. Die Frage, wem die Kosten der Erfüllung des Vermächtnisses zur Last fallen, hat zum Theil schon in dem Vorangehenden ihre Beantwortung gefunden. Die Kosten des Transportes der vermachten individuellen Erbschaftssache nach dem Orte, wo das Vermächtniß eingefordert wird, hat der Vermächtnißnehmer zu tragen, abgesehen von dem Falle, wenn der Erbe die Sache von diesem Orte arglistig weggebracht hatte. Bildet den Gegenstand des Vermächtnisses eine nicht zum Nachlaß gehörige Sache, so muß sie der Belastete am Klageorte leisten, also auch auf eigene Kosten dorthin schaffen. Verlangt der Vermächtnißnehmer die Uebersendung der Sache, so braucht dieselbe nur auf seine Kosten zu geschehen. Ist endlich ein bestimmter Erfüllungsort vom Erblasser angeordnet, so versteht es sich

diese Sache gar kein Recht hat? (vgl. Anm. 38). Da möchte doch die Formulirung Demelius', wenn man mit ihr Ernst macht, bedenklich werden. Es ist aber auch nicht einzusehen, warum wir nicht an der von Labeo in l. 11 §. 1 cit. vertretenen Auffassung festhalten sollen, zumal für die entgegengesetzte Auffassung l. 38 cit. keinen Anhalt bietet. Demelius meint, daß hier deswegen auf die act. ad exhib. verwiesen wird, weil mit ihr der Legatar bewirken könne, daß die Sache an den Ort geschafft werde, wo er vindicirt, und er so Restitution an diesem Orte erreiche, welche er durch Vindication allein nicht erreichen könnte. Allein ganz abgesehen davon, daß damit in die Stelle etwas hineingedeutelt wird, woran der Jurist gar nicht gedacht hat, — verhält es sich denn wirklich bei der Vindication anders, und kann nicht auch mit ihr der Legatar die Restitution am Klageorte erreichen, vorausgesetzt daß er die Kosten der Hinschaffung trägt, genau so wie bei der act. ad exhib.? Jene Interpretation wird durch l. 10—12 D. de R. V. 6, 1 widerlegt, welche Stellen von Demelius nicht herangezogen werden.

von selbst, daß sie an demselben von dem Belasteten auch auf eigene Kosten geleistet werden muß.

Was sodann den Aufwand anbetrifft, den die Ermittelung und Wiedererlangung der aus dem Nachlaß weggekommenen Sache erforderte, so läßt sich durch Verallgemeinerung der hinsichtlich des servus fugitivus getroffenen Entscheidungen (oben S. 160 fg.) die Regel ableiten, daß derselbe, wenn die Sache sich überhaupt noch im Nachlasse befunden hatte, dem Erben, wenn sie aber bereits bei Lebzeiten des Erblassers verschwunden war, dem Legatar zur Last fällt. Das gilt insbesondere auch in dem Falle, wenn der Vermächtnißgegenstand verloren oder gestohlen ist, so daß der Belastete z. B. nicht die Erstattung des Fundgeldes oder der auf die Wiedererlangung der Sache ausgesetzten und gezahlten Belohnung vom Vermächtnißnehmer beanspruchen kann.[45]) Ferner sind die aus einem Rechtsstreit, welcher über den im Besitze eines Dritten befindlichen Vermächtnißgegenstand geführt werden muß, etwa erwachsenden Kosten, von dem Onerirten zu tragen.[46]) Andererseits braucht es nicht besonders bemerkt zu werden, daß derselbe nicht etwa auch die Sache zu erwerben und dem Vermächtnißnehmer zu leisten hat, wenn das Recht an ihr nach dem Tode des Erblassers durch Ersitzung untergegangen war, da hier das Vermächtniß selbst erloschen ist.[47])

45) Dies gilt nicht bloß beim Vermächtniß einer dem Belasteten gehörigen Sache, wo es freilich von selbst einleuchtet, gleichviel wann die Sache weggekommen ist.

46) Auch hier wäre anders zu entscheiden, wenn die vermachte Nachlaßsache schon bei Leibzeiten des Erblassers aus dessen Besitz gekommen war. Die Bestimmungen über das Vermächtniß einer res litigiosa (vgl. Arndts in diesem Comm. Th. 46. S. 180) gewähren kein Gegenargument.

47) Vgl. oben S. 364. Ebenso in den Fällen, wo nach partikularrechtlicher Bestimmung und nach dem deutschen

Aber auch dann, wenn zwar das Recht an der Sache fortbesteht, der Besitzer dieselbe aber dem Eigenthümer nur gegen Ersatz des von ihm selbst für den Erwerb Geleisteten herauszugeben braucht, [48]) kann der Belastete Erstattung der auf die Wiedererlangung der Sache verwendeten Kosten vom Legatar beanspruchen. Und dabei darf nicht zwischen dem Vermächtniß einer dem Erblasser und einer dem Belasteten gehörigen Sache unterschieden werden. [49])

Hingegen die Kosten der Uebergabe der Sache (wozu bei Quantitäten auch das Zumessen und Zuwägen gehört) und der Rechtsübertragung, also insbesondere der Auflassung des vermachten Grundstückes und der Eintragung in das Grundbuch, muß der Beschwerte tragen, während wiederum die Vermächtnißsteuer dem Legatar zur Last fällt. [50])

Mit der in der vorangehenden Ausführung enthaltenen Begrenzung wird man sagen können, daß die Kosten

Handelsgesetzb. die Vindication gegen den bona fide Erwerber ausgeschlossen ist.

48) Wie es bekanntlich partikularrechtlich vielfach der Fall ist (vgl. Stobbe deutsch. Privatrecht II. §. 147, IV.) und wie auch der Entw. d. bürg. Gesetzb. f. d. D. R. §. 939 normirt.

49) Befand sich die Sache schon zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses im Besitze des Dritten, so ist es möglich, daß der Wille des Erblassers darauf ging, der Beschwerte sollte verpflichtet sein, die Sache auf eigene Kosten einzulösen. Es handelt sich dann also um eine Auslegung der Vermächtnißverfügung.

50) Das letztere ist von jeher anerkannt, vgl. Berlich conclus. practicab. P. III. concl. 52 nr. 51—55. Carpzov iurispr. forens. P. III. const. 38. def. 20. Ob es auch immer dem Willen des Erblassers entspreche, ist eine andere Frage.

der Entrichtung des Vermächtnisses den Belasteten treffen.[51]) Jedoch mangelt diesem Satze die nöthige Bestimmtheit, da es sich immer fragen wird, was Alles unter die Kosten der Entrichtung falle. [52])

Was die neuere Gesetzgebung anbetrifft, so enthält in dieser Beziehung nur das preußische Landrecht und der Code civil Vorschriften. Ersteres bestimmt I. 12 §. 312: „Die Uebergabe oder Verabfolgung des Legates muß, wenn eine entgegengesetzte Willensmeinung des Testators nicht erhellet, auf Kosten des Legatarii erfolgen.“ Da sich über den Ort der Leistung im preuß. Landr. keine Vorschriften finden, so bleibt der Sinn und die Tragweite dieser Bestimmung zweifelhaft.[53]) Grade umgekehrt bestimmt der Code civil art. 1016: „Les frais de la demande en

51) Vgl. P. Müller ad Struvii syntagm. iur. civ. Exerc. 35. th. 20. not. a: Quando heres sumptus necessarios facit, ut legatarius consequatur legatum, illi pertinent ad heredem. Bei den Neueren kehrt der Satz beinahe in gleicher Fassung wieder; vgl. Wening-Ingenheim Civilr. III. §. 525: „Verwendungen, welche die Entrichtung des Vermächtnisses nöthig macht.“ Valett Pandektenr. III. S. 416: „Aufwand, der gemacht werden mußte, um dem Legatar die Sache zu liefern.“ Schweppe-Mejer röm. Privatr. V. §. 904 (S. 316): „Sind Unkosten auf die Entrichtung des Vermächtnisses gewandt . .“ Seitdem scheint dieser Punkt in den Compendien nicht mehr berührt zu werden.

52) In einem sehr weiten Sinne wird dieser Satz von Leyser medit. ad Pand. spec. 379. II. und von Hommel rhaps. quaest. I. obs. 215 verstanden, welche dem Erben die kostenfreie Uebersendung der Sache an den Vermächtnißnehmer aufbürden.

53) Vielleicht sollte durch sie nur ausgesprochen werden, daß der Belastete nicht verpflichtet sei, auf eigene Kosten die Sache dem Legatar zu übersenden (s. d. vorige Anm.).

delivrance seront à la charge de la succession.“ Der Entwurf des bürg. Gesetzb. für das deutsche Reich hat von einer besonderen Vorschrift über die Kosten der Erfüllung, ebenso wie über den Ort derselben, beim Vermächtniß Abstand genommen. Die Motive V. S. 193 bemerken dazu, daß diese Kosten „selbstverständlich den Beschwerten treffen. — Denn wer zu einer Leistung verpflichtet ist, habe auch dasjenige aufzuwenden, was erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken.“ Dagegen ließe sich nichts einwenden, wenn man nur mit den „Kosten der Erfüllung“ eine richtige Vorstellung verbindet.

§. 1526. h.

Nebenverpflichtungen des Onerirten. Accessionen des Vermächtnißgegenstandes. Insbesondere Früchte und Zinsen.

Mit der Herausgabe oder Verschaffung des vermachten Gegenstandes selber erfüllt der Belastete nicht schon immer die ihm obliegende Verpflichtung. Er hat vielmehr dafür Sorge zu tragen, daß dem Legatar alles dasjenige vollständig gewährt werde, was der Erblasser ihm durch das Vermächtniß zuwenden wollte. So treten denn manche Nebenverpflichtungen hinzu, von denen bereits früher gehandelt worden ist und die daher hier nur noch erwähnt zu werden brauchen. So die Verpflichtung, die durch Confusio untergegangenen Prädialservituten wieder herzustellen, einen Zugang zu dem vermachten Grundstück zu verschaffen (oben S. 93 fg.), Ansprüche, die er selbst hinsichtlich der vermachten Sache erworben hat, abzutreten (S. 172 fg), rückständige Abgaben, welche der Vermächtnißnehmer von dem Grundstücke entrichtet hat, zu erstatten.[1]) Bemerkenswerth

1) Darüber Arndts in dem Comment. Th. 46 S. 150 fg.;

wäre nur noch, daß der Belastete die die vermachte Sache betreffenden Urkunden insbesondere die Erwerbsurkunde nicht herauszugeben hat. Er muß jedoch Caution dafür stellen, daß er sie auf Verlangen des Vermächtnißnehmers, wenn er derselben bedürfen sollte, vorlegen werde.[2]) Nach heutigem Recht wird der Vermächtnißnehmer eintretenden Falles stets die Vorlegung der Urkunden verlangen können, ohne daß es einer vorgängigen Cautionsstellung bedürfte.

Es ist nunmehr zu untersuchen, ob der Vermächtnißnehmer außer dem vermachten Gegenstande selbst noch die Accessionen, welche zu demselben seit dem Erbfall hinzugekommen sind, beanspruchen könne. Dabei müssen wir zunächst ganz ausscheiden den Fall einer den Vermächtnißgegenstand selbst erweiternden Accession, welcher sich als Theil der Sache selber darstellt. Daß auf diese der Vermächtnißnehmer stets Anspruch hat, ergiebt sich schon daraus, daß die vermachte Sache trotz dieser Erweiterung immer dieselbe bleibt. So kann, wenn das vermachte Grundstück durch Alluvion oder Inselbildung vergrößert ist, der Belastete nicht etwa den hinzugekommenen Theil zurückbehalten, sondern muß dasselbe in dem gegenwärtigen Umfange leisten.[3]) Das gleiche gilt von Gebäuden, die auf dem

zu der dort angeführten Literatur ist noch nachzutragen Cujacius in l. 19 resp. Papin. ad l. 5 §. 1. 2 de censib. 50, 15; observ. l. 19 c. 5. l. 24 c. 28. Brissonius sel. antiqu. III. c. 11. und jetzt vornehmlich Pernice Parerga II. S. 65 fg. 80 fg.

2) l. 24 C. de fideic. 6, 42 und dazu Donellus comment. in Codicem ad h. l.

3) Pomp. l. 16 D. de legat. III. (Die Stelle handelt übrigens von einem dem Legatar auferlegten Fideicommiß). Mommsen Erörterungen S. 40 fg. erklärt den Anspruch des Vermächtnißnehmers auf die insula in flumine nata aus dem muthmaßlichen Willen des Erblassers. Da in

vermachten Grundstücke errichtet sind.[4]) Es handelt sich also immer nur um einen solchen Zuwachs, der außerhalb der vermachten Sache steht und selbständiges Dasein hat.

I. Um nun zu einer Entscheidung der streitigen Frage zu gelangen, ob überhaupt oder wann und in welchem Umfange Accessionen dieser Art, also Früchte und sonstiger von dem Vermächtnißgegenstand gezogener oder zu ziehender Gewinn (commodum, causa rei) von dem Vermächtnißnehmer beansprucht werden können,[5]) werden wir zunächst

der Regel „solche Inseln nur einen sehr geringen Werth haben und einer selbständigen Bewirthschaftung nicht fähig sind, so liegt die Annahme nahe, daß der Erblasser, wenn er gewußt hätte, daß eine solche Insel sich bilden würde, diese nicht von dem Grundstück getrennt haben würde." Daran hat Pomponius gewiß nicht im entferntesten gedacht. S. dagegen auch Göppert organ. Erzeugn. S. 91. Anm. 10.

4) Ulp. (Sab.?) l. 44 §. 4 D. de legat. I. Iavol. l. 39 de legat. II. handeln sicher von einer Bebauung des Platzes, die bei Lebzeiten des Erblassers (und zwar durch ihn selbst) erfolgt ist. Auch Cels. l. 79 §. 2 eod. III. wird zunächst auf diesen Fall bezogen werden müssen. Der Widerspruch zwischen diesen Stellen interessirt uns hier nicht; vgl. darüber Arndts Th. 46 S. 122 Anm. 43. Allerdings wird auch, wenn nach dem Erbfall ein Gebäude errichtet ist — und dies trifft insbesondere in dem Falle zu, wenn die vermachte area bebaut ist —, der Vermächtnißanspruch unter Umständen mit exc. doli zurückgewiesen werden und der Belastete nur zur Erstattung des früheren Werthes des vermachten Grundstückes verpflichtet sein.

5) Vgl. Fr. Brügger über den Anspruch des Singularvermächtnißnehmers auf Früchte 1877. (Eine recht fleißige Dissertation, die aber keine neuen Gesichtspunkte und auch keine eingehendere Erörterung der in Betracht kommenden Quellenstellen enthält.)

das vorjustinianische Recht ins Auge fassen müssen. Und hier wird es wiederum nothwendig sein, das Vindicationslegat und die anderen Vermächtnißarten gesondert zu betrachten.

A. Beim Damnationslegat und Fideicommiß macht der Anspruch des Vermächtnißnehmers auf Früchte, Zuwachs und überhaupt den aus der Sache sich ergebenden Gewinn kaum Schwierigkeit, da die Quellen hier ein so ausgiebiges Material bieten, daß nur in wenigen Punkten Zweifel entstehen können.

a. Zunächst kommt die Vermächtnißforderung mit allen übrigen Forderungen darin überein, daß dem Kläger alle Accessionen des vermachten Gegenstandes — und dahin gehören außer den eigentlichen Früchten der partus ancillae, der Erwerb des vermachten Sklaven insbesondere durch Erbschaften, Vermächtnisse und Schenkungen, Miethgelder u. s. w. — seit der Litiscontestation gebühren, indem ihm dieselben als causa rei nach allgemeinen Grundsätzen zugesprochen werden müssen. Das Prinzip ist hier, daß dem Vermächtnißnehmer Alles zu Theil werden soll, was ihm zugefallen wäre, wenn der Belastete im Zeitpunkte der Litiscontestatio das Vermächtniß erfüllt hätte. Die Quellen sprechen deutlich genug:

Julianus l. 36 Digest. — Cum homo ex testamento petitus est, causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori et, sicut fructus fundorum interim percepti in hoc iudicium deducuntur, ita quod servo legatorum vel hereditatis nomine interim obvenerit praestandum est petitori. (l. 91 §. 7 D. de legat. I.)[6])

6) Papin. l. 2 D. de usur. 22, 1. Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem contestatam

Der Vermächtnißanspruch nähert sich aber ferner den bonae fidei actiones darin, daß auch Prozeßzinsen gefordert werden können.[7])

Severus et Antoninus. — Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eo tempore, quo lis contestata est, exigi posse manifestum est. (l. 1 C. de us. et fr. leg. 6, 47).[8])

Ulpianus l. 15 ad Edict. — Usurae vicem fructuum obtinent . . et ita in legatis et fideicommissis et in . . iudiciis bonae fidei servatur. (l. 34 D. de usur. 22, 1.)

Ebenso unzweifelhaft ist es, daß der Belastete alle Accessionen zu leisten hat, sobald er mit der Entrichtung des Vermächtnisses in Verzug gerathen ist: eine Eigenthümlichkeit, durch welche sich die Vermächtnißforderung wiederum von anderen strengen, nicht-restitutorischen Forderungen auszeichnet. Wie uns Gaius II. §. 280 mittheilt[9]) galt der Satz, daß infolge der Mora Zinsen und Früchte geschuldet werden, zuerst allein bei den Fideicommissen. Es findet dies seine Erklärung einmal in dem schon öfters hervor-

causa praestetur: cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est cum petitur, tale dari debet ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet. vgl. l. 31 pr. D. de R. C. 12, 1. Göppert a. a. O. S. 120 Anm. 42.

7) Vgl. Savigny System VI. S. 141 fg. 154 fg.

8) Cfr. l. 2 §. 2 eod.

9) Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debebit, legatorum vero usurae non debentur: idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Juliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus magis obtinere video.

gehobenen restitutorischen Charakter des Fideicommisses [10]) und sodann in der durch die Form der Geltendmachung desselben bedingten freieren Stellung des Richters. Noch durch ein Reskript Hadrians war ausdrücklich bestätigt worden, daß bei Legaten im Gegensatze zu den Fideicommissen Zinsen und wohl auch Früchte nicht gefordert werden können. Möglich wäre es allerdings auch, daß das Reskript Hadrians dem Legatar nur Verzugszinsen abgesprochen und sich auf die Früchte gar nicht bezogen hatte, und daß somit die Bemerkung des Gajus gerade auf die usurae im Gegensatz zu der fructus zu beschränken ist. [11]) Dagegen spricht aber nicht sowohl der Umstand, daß in den Quellen keine Stelle von einem Zeitgenossen sich findet, welche von der Prästation der fructus ex mora bei Legaten handelt, [12]) als vielmehr die Thatsache, daß zuerst gerade beim legatum sinendi modo der für die Fideicommisse geltende Grundsatz durch Julian gebilligt wurde und allmählich Anerkennung erlangte, und daß doch bei dieser Legatsform nur ein Anspruch auf fructus in Frage kommen kann. [13])

Daß sich nun zuerst beim legatum sinendi modo die neue Anschauung geltend machte, ist erklärlich genug, da die hier stets stattfindende intentio incerti („quidquid dare facere

10) Denn man muß doch davon ausgehen, daß durch das Fideicommiß seiner ursprünglichen Anlage nach dem Erben (oder auch Legatar) die Restitution des Empfangenen oder eines Theiles desselben auferlegt wurde.

11) Vgl. Mommsen Beiträge z. Obligationenr. III. S. 229 Anm. 9.

12) Denn dies könnte Zufall sein; wird doch auch beim Fideicommiß die Prästation der Früchte erst von Neratius erwähnt l. 14 §. 1 D. de usur. 22, 1.

13) Eine Geldsumme kann begreiflicherweise nicht Gegenstand eines legatum sinendi modo sein.

oportet") dem richterlichen Ermessen einen freieren Spielraum gewährte. Auch mochte wohl der Gesichtspunkt mit in Betracht kommen, daß hier nicht bloß dem Wortlaut, sondern auch dem Grundgedanken nach das Vermächtniß auf die Gestattung der Aneignung und nicht eigentlich auf eine Leistung d. h. auf eine positive Handlung des Erben (Verschaffung des vermachten Rechtes) gerichtet ist, der Erbe daher als verpflichtet gelten mußte, dem Legatar die Früchte zu erstatten, welche diesem infolge der Verhinderung der Wegnahme der Sache entgangen waren. Sehr bald muß aber die Haftung des Erben für Früchte und Zinsen auf das Damnationslegat ausgedehnt worden sein, denn von den Juristen aus dem Zeitalter der Severe finden wir dieselbe als einen ganz unzweifelhaften, feststehenden Rechtssatz ausgesprochen.[14]) So insbesondere von Paulus sent. III. 8 §. 4:

14) Papin. l. 24 D. de usufr. leg. 33, 2. Ulp. l. 34 D. de usur. 22, 1 l 39 §. 1 D. de legat. I. l. 1 §. 13 D. ut legat. 36, 2. Dagegen gehört nicht hieher Scaev. l. 48 D. de usur., worüber S. 294. Es ist nicht recht begreiflich, woher Mommsen a. a. O. III. S. 229 Anm. 10. S. 240 Anm. 12 die Bedenken hinsichtlich des vorjustinianischen Rechtes kommen. An Interpolationen in den angeführten Quellenstellen, welche Mommsen als möglich hinstellt, ist nicht zu denken, und weshalb man sich „nicht mit völliger Sicherheit" auf Paulus l. c. soll berufen können, läßt sich schwer einsehen. — Die Prästation der fructus wird sonst noch erwähnt (abgesehen von den das Universalfideicommiß betreffenden Stellen) l. 3 pr. l. 14. l. 39 D. de usur. 22, 1. l. 26 D. de legat. III. l. 24 §. 14 D. de fid. lib. 40, 5. Von Verzugszinsen ist die Rede in l. 3 §. 4. l. 17 §. 3 D. de usur. 22, 1. l. 84. l. 87 §. 1 D. de legat. II. (l. 78 §. 2 eod. bezieht sich wohl auf Urtheilszinsen vgl. Mommsen S. 272.) l. 10 §. 1 D. de alim. leg. 34, 1. Die citirten Stellen handeln

Ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt.

Auf die Frage, was alles der in Mora befindliche Erbe dem Legatar außer dem Vermächtnißgegenstande zu leisten habe, giebt eine erschöpfende Antwort Ulpian in l. 39 §. 1 D. de legat. I.:

Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit: et id in operis servorum vel vecturis iumentorum vel naulis navium dicendum. Quod in fructibus dicitur, hoc et in pensionibus urbanorum aedificiorum intelligendum erit. In usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendum; iudex igitur usurarum modum aestimabit et statuet. — Item partus ancillarum et, si servus fuerit legatus et hereditas vel legatum vel quid per eum adquisitum sit, heres praestare debet.

Also nicht bloß die Erzeugnisse der vermachten Sache und zwar fructus percipiendi wie percepti, sondern allen von ihr gezogenen Ertrag oder Gewinn kann der Legatar nach den bei der Mora überhaupt geltenden Grundsätzen beanspruchen.

Eine Schwierigkeit entsteht nun aus l. 8 D. de usur. 22, 1:

Papinianus l. VII. Respons. — Equis per fideicommissum relictis post moram foetus quoque praestabitur ut fructus, sed foetus secundus ut causa, sicut partus mulieris.[15])

übrigens ausnahmslos von Fideicommissen. — Die Haftung auf den aus der Sache hervorgehenden Gewinn erregt übrigens Bedenken beim Vermächtniß einer res aliena, vgl. oben S. 298 fg.

15) Die Stelle ist uns verstümmelt auch in Fragm. Vat. 65

Daß die nach Eintritt der Mora geborenen Sklavenkinder ebenfalls dem Vermächtnißnehmer gebühren, ist in l. 14 D. eod.[16]) und l. 39 §. 1 cit. bestimmt genug erklärt. Nun wird von Papinian der partus ancillae, wenn man das Responsum unbefangen liest, in der juristischen Behandlung dem foetus secundus völlig gleichgestellt; während die ersten Thierjungen als eigentliche fructus der vermachten equae, also als Erzeugnisse dieser selber, zu leisten sind, soll der zweite Nachwuchs, ebenso wie das Kind der vermachten Sklavin, als causa des Vermächtnißgegenstandes geleistet werden. Damit scheint nun zunächst nichts anderes ausgedrückt zu sein, als daß sich die Leistungspflicht des Erben nicht bloß auf den eigentlichen fructus beschränke, sondern auch die causa rei mit umfasse. Es fragt sich nur: wird von Papinian mit diesem Gegensatze auch eine grundsätzlich verschiedene rechtliche Behandlung beiderlei Erzeugnisse statuirt, so daß etwa der Anspruch des Vermächt-

erhalten, doch reiht sich da noch der Satz an: si gregem reliquit vel morae actio . . . relictum sequatur, dessen Ergänzung völlig unsicher bleibt; vgl. die von einander sehr abweichenden Ergänzungen, welche von Th. Mommsen und von Huschke in ihren Ausgaben der Fragm. Vatic. und von ersterem in seiner Digestenausgabe zur l. 8 cit. gegeben werden. Inhaltlich ist die Stelle wohl übereinstimmend mit l. 39 D. de usur. 22, 1: Equis per fideicommissum legatis post moram heredis foetus quoque debentur; equitio autem legato etiamsi mora non intercedat, incremento gregis foetus accedunt. (Modest.); dieses Excerpt ist wieder mit l. 81 D. de legat. III. zu verbinden.

16) Paulus: post moram in solvendo fideicommisso factam partus quoque ancillarum restituendos. Mit Unrecht wird die Beweiskraft dieser Stelle von Mommsen Erörterungen I. S. 37 Anm. 20 wegen des folgenden §. 1 bestritten.

nißnehmers auf fructus und auf causa auf verschiedenen Voraussetzungen beruht? Göppert[17]) meint in der That, daß es sich hier um die praktisch wichtige Unterscheidung von causa und Interesse handele. Da nun causa rei der technische Ausdruck für die Gesammtheit der dem Beklagten nach der Litiscontestatio obliegenden Leistungen sei, so werde in der Stelle ausgesprochen, daß der foetus secundus erst von der Litiscontestatio an geschuldet wird. Das ließe sich allenfalls hinnehmen, wenn in der Stelle nichts vom partus ancillae stünde und wenn wir nicht wüßten, daß dieser vom Belasteten schon nachdem er in Mora gerathen, geleistet werden muß. Dieser Schwierigkeit sucht nun Göppert in der Weise zu begegnen, daß er die Schlußworte der Stelle „sicut partus mulieris" auf das „ganze Vorhergegangene" bezieht, so daß damit etwa ausgedrückt wäre: „wie es sich auch beim Sklavenkinde verhält." Er paraphrasirt demnach: „ganz wie beim foetus pecorum wird auch der partus ancillae bei Mora des Onerirten geschuldet, aber partus secundus et foetus secundus nur als causa, nämlich erst vom Prozeßbeginn an."

Daß diese Construction nicht bloß gezwungen — denn sie legt ja dem Juristen fast die Absicht unter, sich so unklar und zweideutig wie möglich auszudrücken —, sondern einfach unmöglich ist, liegt auf der Hand. Sie scheitert schon an dem wichtigen Zusatz „ut fructus", der dann auch auf (den ersten) partus mulieris bezogen werden müßte. Und ferner bei partus mulieris noch secundus hinzuzudenken, ist doch eine starke Zumuthung. Ganz abgesehen davon, daß wir eine etwas ungewöhnlich lange Dauer des Prozesses vorauszusetzen genöthigt wären, wenn die vermachte Sklavin in der Zeit von der Litiscontestatio bis

17) a. a. O. S. 122 Anm. 15.

zum Urtheil bereits Großmutter geworden sein sollte.[18]) Es bleibt somit nur die Alternative übrig, daß Papinian dem Fideicommissar partus und foetus secundus gleichmäßig entweder schon von dem Augenblicke der Mora des Onerirten, oder erst vom Prozeßbeginn an zugesprochen habe. Da kann es nun aber wohl kaum zweifelhaft sein, daß man sich für daß erstere zu entscheiden haben wird.[19]) Daß die zweite Generation der Thierjungen und das Kind der Sklavin als mitzuleistende causa im Gegensatze zu den fructus bezeichnet wird, kann dagegen nicht bedenklich machen, wenn auch dieser Ausdruck regelmäßig auf die von der Sache während der Prozeßzeit gezogenen Vortheile angewendet werden mag. Auch darauf, daß das commodum commodi nicht unter die Interesseprästation falle,[20]) darf man sich nicht zum Beweise der Behauptung berufen, daß der zweite Nachwuchs nicht schon infolge der Mora beansprucht werden könne.[21]) Denn der foetus secundus wird eben nicht unter dem Gesichtspunkt eines Gewinnes vom

18) Auch Francke Comm. üb. d. Pandektentitel de her. pet. S. 316, welcher übrigens die l. 8 cit. sonderbarerweise von einer Vindication versteht, ist der Meinung, daß der foetus secundus nur dann, wenn er erst während des Prozesses entstanden ist, herausgegeben werden müsse. Hinsichtlich des partus ancillae erklärt er sich nicht.

19) So auch Cujacius ad h. l. in Recitt. in l. VII. Papin. respons. Mommsen Beiträge II. S. 189. III. S. 248.

20) Vgl. aber auch Cohnfeldt Interesse S. 210.

21) Mommsen a. a. O. hält die Haftung für eine Ausnahme von der Regel, welche dadurch gerechtfertigt werde, daß sonst eine „unrechtmäßige Bereicherung des Schuldners zugelassen wäre.“ Diese Haftung fällt aber vielmehr gar nicht unter die Regel; denn es handelt sich hier gar nicht um den Gewinn, der von einem entgangenen Gewinne hätte gemacht werden können.

Gewinne aufgefaßt und als Interesse prästirt, sondern erscheint als ein mittelbares organisches Erzeugniß der vermachten Sache selber, welches doch nicht mit den usurae fructuum und den Zinseszinsen auf gleiche Linie gestellt werden darf.[22])

b. Der Grundsatz ist: der Belastete hat Früchte, Zinsen, Ertrag, Zuwachs des Vermächtnißgegenstandes nur von der Zeit des Prozeßbeginnes an, oder nachdem er in Mora gerathen ist, zu leisten.[23]) Hievon abgesehen verbleibt ihm aller aus der Sache hervorgegangener Gewinn, und zwar gilt dies ebenso von den nach der Fälligkeit bis zur Einforderung des Vermächtnisses, wie von den in der Zwischenzeit vom Erwerbe der Erbschaft bis zum Eintritt der Fälligkeit bezogenen Früchten und Accessionen. Jedoch ist der innere Grund, welcher das Behalten der Früchte in dem einen und dem anderen Falle rechtfertigt, ein verschiedener. Er ist von Julian in l. 23 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1 mit aller Bestimmtheit ausgesprochen:

Si heres post multum temporis restituat, cum praesenti die fideicommissum sit, deducta quarta restituet: fructus enim qui percepti sunt, negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur. Alia causa est, si sub condicione vel in diem rogatus fuerit: . . nam fructus qui medio tempore percepti sunt, ex iudicio testantis percepti videntur.

Die Stelle handelt zwar vom Universalfideicommiß, aber das Prinzip ist in gleicher Weise für das Singularvermächtniß zutreffend. Die Früchte nach eingetretener

22) Vgl. auch Brinz Pand. II. §. 281. b. S. 356 Anm. 21.
23) Vgl. noch hinsichtlich des legatum einer pars bonorum und des Universalfideicommisses l. 23 D. de legat. I. l. 28 §. 1 D. ad SC. Treb. 36, 1. (oben S. 332 Anm. 26) l. 65 §. 5 eod.

Fälligkeit gewinnt der Belastete infolge der Saumseligkeit des Vermächtnißnehmers — und dieser Gewinn rechtfertigt sich häufig dadurch, daß er Mühe und Kosten auf die Fruchtziehung verwendet und auch das Risiko zu tragen hat[24]) —; die in der Zwischenzeit bis zum Erwerbe des Vermächtnisses entstandenen fallen ihm kraft des Willens des Erblassers zu.[25])

Hat der Erblasser ausdrücklich die Herausgabe der Früchte angeordnet, so kann der Vermächtnißnehmer natürlich alle vom Belasteten gezogenen beanspruchen. Sie sind dann eben selbst Gegenstand des Vermächtnisses.[26]) Aber auch ohne ausdrückliche Bestimmung des Erblassers müssen die Früchte dann restituirt werden, wenn sich aus der Art und Weise des Vermächtnisses und den begleitenden Umständen ergiebt, daß die Herausgabe derselben im Willen des Erblassers gelegen hat.[27]) Dieses letztere wird man jedoch immer beschränken müssen auf die bis zur Fälligkeit des Vermächtnisses erworbenen Früchte, weil eben

24) Marcell. l. 46 §. 1 eod. — cum hereditarios nummos foeneravit aut ex fundis fructus percepit, nihil eo nomine praestat ei cui hereditas per fideicommissum relicta est, si non intercessit mora: scilicet quia suo periculo foeneravit colendove fundo vel in cogendis fructibus insumpsit operam.

25) Vgl. Brinz Pand. 1. Ausg. II. S. 908 und überhaupt Retes in Meermanni thes. VII. p. 557 sqq.

26) l. 19 pr. eod. — constat non venire fructus, nisi mora facta est, aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere. Vgl. l. 65 §. 4 eod. — In den Quellen ist die Fruchtrestitution vorzugsweise beim Universalfideicommiß erörtert. Wenn wir dieselben Grundsätze auf das Singularvermächtniß anwenden, so ist dabei nur an das Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen Sache zu denken.

27) l. 3 §. 2 D. de usur. 22, 1.

nur diese iure voluntatis bezogen werden. Was die nach eingetretener Fälligkeit entstandenen Früchte anbetrifft, so läßt sich kaum bestreiten, daß sie dem Belasteten überhaupt — nicht bloß non ex iudicio defuncti, sondern sogar — gegen den Willen des Erblassers zufallen, dessen Absicht doch wohl regelmäßig darauf gerichtet sein wird, daß der Vermächtnißnehmer den Gegenstand sofort erhalten und nutzen können soll. Wenn nun trotzdem der Onerirte diese Früchte kraft Rechtssatzes lucrirt, so wird man sie doch schwerlich dem Bedachten zusprechen können, falls die Restitution derselben sich sonstwie als in dem Willen des Erblassers liegend ergiebt, vorausgesetzt, daß er denselben nicht ausdrücklich erklärt hat.

Eine durch die Art des Vermächtnisses auch ohne ausdrückliche Erklärung begründete Restitutionsverbindlichkeit hinsichtlich der Früchte kommt besonders zur Sprache bei den befristeten Vermächtnissen. Wenn der Erblasser die Leistung des Vermächtnisses hinausschiebt, gleichviel ob der dies ein certus oder incertus sein mag, oder an eine Bedingung knüpft, so wird er dies regelmäßig im Interesse des Belasteten thun, dem er für die Zwischenzeit den Genuß und Ertrag des Vermächtnißgegenstandes vorbehalten will.[28]) So verbleiben letzterem auch grundsätzlich die inzwischen gezogenen Früchte.

l. 24 §. 1 D. ad l. Falc. 35, 2. (Paulus) respondit partus ancillarum ante diem fideicommissi editos ad heredes . . pertinere.[29])

28) l. 15 D. de ann. leg. 33, 1. — si tempus heredis causa prorogatum esset, ut commodum medii temporis ipse sentiret.

29) Scaevola l. 41 §. 10 D. de leg. III. l. 21 D. de opt. leg. 33, 5. Der hier entschiedene Rechtsfall ist folgender: Es sind der Tochter für den Fall ihrer Verheirathung

Nur zwei Stellen könnten Bedenken erregen. Die erste ist l. 42 D. de usur. 22, 1.

zehn Sklavinnen aus dem Nachlaß vermacht, deren Auswahl durch die mit dem Sohne des Testators zur Erbin eingesetzten Mutter sofort nach dem Erbschaftserwerbe geschehen soll. An Stelle der vor der Verheirathung inzwischen versterbenden Sklavinnen sollen ferner nach Ermessen der Mutter andere (und zwar doch wohl ohne Beschränkung auf die etwa noch vorhandenen Erbschaftssklaven) gegeben werden. Für den Fall endlich, daß die Mutter die Wahl nicht treffen würde, soll die Tochter selbst — und zwar nicht erst nach ihrer Verheirathung, sondern sogleich — nach ihrem Belieben die Sklavinnen auswählen. Es fragt sich nun: wem gebühret der vor der Verheirathung entstandene Nachwuchs der Sklavinnen? Scävola entscheidet: cum mancipiorum legatum in tempus nuptiarum testator transtulit, id quod medio tempore enixae sunt ad filiam non pertinere. Woher nun das Bedenken und worauf stützt die Tochter ihren Anspruch auf die Sklavenkinder? Offenbar liegt dem die Auffassung zu Grunde, daß nach dem Willen des Testators diese Sklavinnen sofort für die Tochter ausgeschieden werden sollten und nur deren Hingabe bis zu ihrer Verheirathung aufgeschoben sein sollte („mancipia decem (sc. filiae lego), quae confestim post aditam hereditatem meam eligi volo, quae mancipia cum in familiam nupserit dari volo“). Jener Anspruch ließe sich noch nicht durch den einfachen Hinweis darauf, daß die Zeit der Verheirathung ein dies incertus an und daß somit das Vermächtniß in Wahrheit ein bedingtes sei, zurückweisen. (Vgl. übrigens l. 26 §. 1 D. qu. dies. 36, 2. l. 5 C. eod. 6, 53 f. Anm. 65). Denn auch bei einem bedingten Vermächtniß — wenn der Testator etwa verfügt hätte: „ich vermache meiner Tochter diese Sklavinnen, sie soll dieselben aber erst bei ihrer Verheirathung erhalten“ — wäre es immerhin möglich, daß nach dem Willen desselben ihr auch der Nachwuchs zufallen sollte. Entscheidend ist aber gegen jene Auffassung des Vermächt-

Modestinus respondit fructus, qui post adquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere, licet maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem praeterisse dicatur. (l. XI. Respons.)[30])

Offenbar wird hier ein befristetes oder bedingtes Fideicommiß vorausgesetzt. Wollte man nämlich den dies cedens hier als den Todestag des Erblassers nehmen, so würde die Stelle sinnlos sein. Denn von welchem Zeitpunkt an sollte dann wohl die maior pars anni abgelaufen sein?[31]) Es wird also der Fall gesetzt, daß seit dem Tode des Erblassers (oder vielleicht auch dem Erbschaftsantritt) bis zum dies fideicommissi der größere Theil des Jahres bereits vergangen war. Der Jurist entscheidet, daß dem Fideicommissar die Früchte zufallen, welche post adquisi-

nisses der Umstand, daß an Stelle der inzwischen verstorbenen Sklaven andere geleistet werden sollen, die Legatarin also nicht die Gefahr zu tragen hat. Auf die aufgeworfene zweite Frage, ob fructus et usus der Sklaven bis zur Verheirathung der Tochter der Mutter zukommen, ergeht das Responsum „nihil proponi cur ad matrem pro solido pertineant.“ Also, da sie einen Miterben hat, kann sie auch nicht allein den Gewinn von den vermachten Sklaven in der Zwischenzeit etwa aus dem Grunde beanspruchen, daß sie selbst die Sklaven auszuwählen hatte.

30) Vgl. Arndts in dem Comment. Th. 48. S. 346. Brügger a. a. O. S. 14 fg.

31) Brügger denkt an das „Fruchtjahr“, dessen größter Theil im Zeitpunkt des Todes des Erblassers verflossen sein soll. Aber abgesehen von diesem unbestimmten Begriffe des Fruchtjahres, welcher den römischen Juristen wohl fremd war, so wäre doch die Anfrage, ob der Erbe die vom Fideicommissar bezogenen Früchte in diesem Falle beanspruchen könne, mindestens etwas wunderlich.

tum ex causa fideicommissi dominium von dem Grundstücke bezogen werden.

Man hat sich mit den letzten Worten viel unnütze Schwierigkeiten gemacht. Jedenfalls wird man sie doch nur ganz buchstäblich verstehen können, nämlich daß der Fideicommissar das Eigenthum des vermachten Grundstückes erworben hatte.[32]) Aber, fragt man, könnte denn hinsichtlich des Rechtes an den Früchten überhaupt nur eine Frage aufgeworfen werden, da doch dem Eigenthümer selbstverständlich die von ihm perzipirten Früchte gehören? Ganz gewiß; aber es steht hier auch gar nicht das Eigenthumsrecht an den Früchten in Frage, sondern es handelt sich um die Frage, wem sie gebühren, und dabei muß es doch als unerheblich erscheinen, ob sie vor oder nach dem Erwerbe des Eigenthums des Grundstückes, und ob sie vom Erben oder vom Fideicommissar bezogen sind.[33]) Nehmen

32) Weit hergeholt und völlig unhaltbar ist die Erklärung, welche Cujacius Recit. in l. XI. resp. Modest. giebt. Die Stelle soll von einem durch Tradition übertragenen dominium possessionis im Gegensatz zum dominium proprietatis, das iure fideicommissi nicht erworben werden könne (vgl. l. 3 D. si ususfr. 7, 6. l. 29 D. de usufr. leg. 33, 2), und von den zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht separirten Früchten handeln. Auch Faber coniectur. l. VII. c. 4 versteht die Stelle von einem bonitarischen Eigenthum des Fideicommissars.

33) Uebrigens könnte man auch annehmen, was aber nicht nothwendig ist, daß der Erbe das Grundstück noch nicht tradirt sondern bloß mancipirt hatte; oder daß es sich um ein Universalfideicommiß handelte, bei welchem schon durch die Restitutionserklärung das Grundstück in das Eigenthum des Fideicommissars übergegangen war. (l. 65 pr. l. 28 §. 11 D. ad SC. Treb. 36, 1 vgl. l. 72 §. 1 eod.). In beiden Fällen würde der im Besitz gebliebene Erbe die Früchte noch selbst perzipirt haben.

wir nur beispielsweise an, der Erblasser sei im Monat August gestorben und die Erbschaft sofort angetreten worden und im April nächsten Jahres sei das Vermächtniß zu entrichten. Der Erbe beansprucht nun die Früchte dieses Jahres für sich bezw. Ersatz des Werthes derselben, da sie als Ertrag des Grundstückes für die abgelaufene Zeit, der ihm gebühre, erscheinen.[34]) Und setzen wir gar noch den Fall, daß bei einem bedingten Fideicommiß kurz vor der Erndte die Bedingung eingetreten und die Restitution des Grundstückes erfolgt wäre, so würden die Bedenken des Fragestellers nicht so ganz ungerechtfertigt sein und die Anfrage ihren scheinbar domitianischen Charakter gänzlich verlieren; denn hätte der Erbe, ohne einer Mora sich dabei schuldig zu machen, das Grundstück erst nach der Aberndtung herausgegeben, so würden ihm doch die Früchte verbleiben.

Die Entscheidung in unserer l. 42 steht in einem gewissen Zusammenhange mit der Frage, ob und in wie weit der Vermächtnißnehmer die sog. fructus civiles des vermachten Gegenstandes beanspruchen könne. Diese Frage kann allerdings nur beim Universalfideicommiß zur Sprache kommen, sie mag aber des Zusammenhanges wegen gleich an dieser Stelle ihre Erörterung finden. Es handelt sich hier um Erbschaftssachen, die schon vom Erblasser selbst vermiethet, oder um Erbschaftsgelder, die von ihm verzinslich ausgeliehen waren. Denn hat der Fiduciar die Erbschaftssache vermiethet oder die Gelder verborgt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die gezogenen Nutzungen

34) Möglicherweise beansprucht der Erbe auch Theilung der Früchte des letzten Jahres, wie eine solche bei der Restitution der Dos stattfindet, worauf schon die Glosse aufmerksam macht. Der richtigen Auffassung der Stelle kommt ganz nahe Bachovius ad Treutler. vol. II. disp. 13. Th. 7. Lit. H. (p. 423).

ihm auch bei der Restitution der Erbschaft verbleiben. Im Uebrigen aber entstehen zwei Fragen: 1) Wie verhält es sich mit den bis zur Herausgabe der Erbschaft vom Erben bezogenen Mieth- und Pachtgeldern bezw. Zinsen? 2) Was gilt hinsichtlich der schon vor der Restitution der Erbschaft fällig gewordenen aber noch nicht eingeforderten Raten der Miethgelder oder Zinsen?

Die Beantwortung der zweiten Frage kann keine Schwierigkeit machen, da die Quellen eine ganz bestimmte Entscheidung geben. Mit der Restitution der Erbschaft gehen auf den Fideicommissar auch alle zu derselben beim Tode des Erblassers gehörigen Forderungen über, ohne Rücksicht auf deren Fälligkeit. In betreff der ersten Frage dagegen bleibt ein Zweifel und so besteht denn hier auch eine Meinungsverschiedenheit. Cujacius[35]) nimmt an, daß die vom Fiduciar in der Zwischenzeit vereinnahmten Zinsen und Miethgelder mit restituirt werden müssen, und diese Ansicht wird von Hoffmann[36]) in selbständiger Beweisführung eingehend vertheidigt, indem beide nur für den Fall eines befristeten oder bedingten Fideicommisses dem Fiduciar mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers jene Einnahmen belassen. Ihnen scheint sich im Resultat auch Mommsen[37]) anzuschließen, obwohl er das von denselben aufgestellte Prinzip, nämlich daß dem Fiduciar nur der durch eigene Thätigkeit oder auf eigene Gefahr nach Antritt der Erbschaft erzielte Gewinn zufalle, verwirft: wie denn dieses Prinzip auch in der That schon dadurch hinreichend widerlegt wird, daß dem Fiduciar die vor Eintritt der Mora durch Erbschaftssklaven erworbenen Erb-

35) Recitat. in l. IX. resp. Papin. ad l. 60 §. 2 ad SC. Treb. 36, 1.
36) Gießener Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. I. Nr. 3.
37) Erörterungen I. S. 39 Anm. 23.

schaften, Vermächtnisse, Schenkungen verbleiben. [38]) Donellus [39]) dagegen und ihm sich anschließend Roßhirt [40]) sind der Meinung, daß auf die vom Fiduciar vereinnahmten Zinsen und Miethgelder der Fideicommissar keinen Anspruch erheben könne.

Doch betrachten wir die hierauf bezüglichen Quellenstellen etwas näher. In erster Reihe kommt hier die schwierige l. 46 §. 1 D. ad SC. Treb. 36, 1 in Betracht. Marcellus erörtert hier folgenden Fall. Der Erblasser hatte Gelder verzinslich ausgeliehen und ein ihm gehöriges Grundstück verpachtet. Der Fideicommissar beansprucht nun einfache Restitution der Erbschaft. Da aber Zinsen und Pachtgelder inzwischen fällig geworden waren, verlangt der Erbe, daß der Fideicommissar sich verpflichte, ihm entweder diese fälligen Posten zu zahlen oder die Klagen in betreff derselben zu cediren. Letzterer weigert sich dessen, da diese Forderungen mit zu der zu restituirenden Erbschaft gehören und er so auch die seit dem Tode des Erblassers aufgelaufenen Zinsen und Pachtgelder müsse einfordern können. Der Jurist entscheidet nun:

„Omnia haec hereditatis appellatione continentur: quantum enim ad hoc refert inter haec ceteraque, quae sub condicione sunt promissa aut in annos singulos vel menses, nihil interest.“ Also: die betreffende Zins- und Pachtgeldforderung ist in der Erbschaft mitbegriffen wie jede andere. Sie unterscheidet sich in keiner

38) Vgl. oben S. 332.

39) Comment. de iure civ. VII. 26 nr. 9 und Comment. in Cod. ad Rubr. tit. ad SC. Treb. 6, 49. Vgl. auch schon die Glossa „debetur“ ad l. 46 §. 1 cit., welche aber hervorhebt, daß auch die entgegengesetzte Ansicht von Einigen vertreten werde.

40) Lehre v. d. Vermächtnissen I. S. 175 fg.

Weise von anderen in der Erbschaft enthaltenen Forderungen, wie insbesondere von einer bedingten oder auf terminsweise wiederkehrende Leistungen gerichteten Forderung. Auch darin steht sie letzterer gleich, daß es sich hier wie dort nur um eine Obligation handelt, die eine Reihe von nach einander fälligen Prästationen umfaßt. Mithin kann es auch keinen Unterschied machen, ob schon einzelne Posten fällig geworden sind. Die einheitliche Obligation aus der Zinsstipulation oder dem Pachtvertrag muß als zur Erbschaft gehörig mit dieser auf den Fideicommissar übergehen und einen Ersatz kann der Erbe vom letzteren nicht beanspruchen.

„Sane — fährt Marcellus fort — pro fructu rei quae hereditate continetur haec cedunt, nec fructus fideicommissarium sequitur, si mora non intercessit.“ Allerdings werden vereinnahmte Zinsen und Pachtgelder den Früchten der Erbschaftssache gleich behandelt, auf welche doch der Fideicommissar erst im Falle der Mora des Erben Anspruch erheben kann. So möchte es denn scheinen, daß der Erbe auch die Ueberlassung der in Rede stehenden fälligen Zinsposten und Pachtraten vom Fideicommissar verlangen könnte.

„Sed quia non ut heres fideicommissum, ut sic dixerim, suppleat postulet, sed qualis nunc est hereditas desideret restitui sibi, nequaquam id debet heres recusare: nam et quodammodo in partem hereditatis senatus recipi voluit fideicommissarium et haberi heredis loco, pro qua parte ei restituta esset hereditas.“ Im vorliegenden Falle verhält es sich aber ganz anders. Der Fideicommissar verlangt ja nicht, daß der Erbe das Fideicommiß noch durch das von ihm aus der Erbschaft Bezogene ergänze und vervollständige und so dem Fideicommissar alles das gewähre, was diesem selbst zugefallen sein würde, wenn ihm gleich nach dem Antritt die Erbschaft

restituirt wäre. Vielmehr beansprucht er nur die Restitution der Erbschaft selber in ihrem gegenwärtigen Bestande, wozu auch die Zins- und Pachtforderung gehört. Dem kann sich der Erbe um so weniger entziehen, als nach dem Sinne des SC. Trebellianum der Fideicommissar die Stelle eines Erben infolge der Restitution der Erbschaft einnehmen soll. Als solcher tritt er aber auch in die Forderungen des Erblassers ein.

Ist in vorstehender Paraphrase der Gedankengang des Juristen richtig wiedergegeben, so giebt derselbe überhaupt keine Entscheidung hinsichtlich der vom Fiduciar schon vereinnahmten Zinsen und Pachtgelder. Daß diese dem Fideicommissar herauszugeben wären, sagt die Stelle mit keinem Worte; ja es würde sich aus der ganzen Deduktion des Juristen eher entnehmen lassen, daß sie dem Fiduciar verbleiben. Nun erregt freilich der Schluß der Stelle Zweifel: „Sed cum hereditarios nummos foeneravit aut ex fundis fructus percepit, nihil eo nomine praestat ei cui hereditas per fideicommissum relicta est, si non intercessit mora: scilicet quia suo periculo foeneravit colendove fundo vel in cogendis fructibus insumpsit operam, nec aequam erat alterius, ut sic dixerim, procuratorem constitui. Nullum autem impendium vel opera intercedit heredis, cum his modis, de quibus est quaesitum, augmentum hereditas recepit." Danach könnte es in der That scheinen, als ob Marcellus dem Fiduciar nur diejenigen Zinsen belassen wolle, welche aus den von ihm selbst ausgeborgten Erbschaftsgeldern gezogen sind; und zwar aus dem Grunde, weil er selbst die Gefahr trage, gleichwie er die Früchte des Grundstückes durch eigene Thätigkeit gewonnen habe: ein Grund, welcher bei dem zur Entscheidung gestellten Falle eben nicht zutrifft. Und so scheint ganz unabweislich die Schlußfolgerung, daß aus demselben Grunde auch diejenigen Zinsen und Pacht-

gelder dem Fideicommissar gebühren, welche der Fiduciar aus der vom Erblasser abgeschlossenen Stipulation oder Verpachtung bereits bezogen hat.

Indessen ganz abgesehen davon, daß es bedenklich erscheint, aus der Motivirung der Entscheidung selbst wieder Rechtssätze abzuleiten,[41]) wäre dagegen folgendes zu bemerken: 1) Das in Rede stehende augmentum, welches die Erbschaft ohne Risiko und Mühewaltung des Fiduciars gewonnen hat, ist doch immer nur die angewachsene Zins- oder Pachtgeld*forderung*. 2) Das Prinzip selbst, welches die Motivirung zu enthalten scheint, ist unrichtig. Es würde schon nicht zutreffen, wenn der Erbe das Grundstück, statt es selbst zu bewirthschaften, verpachtet hätte, in welchem Falle er doch den vereinnahmten Pachtschilling unzweifelhaft behalten würde. Und doch ist hier Gefahr und Mühewaltung für ihn keine größere, als bei einem bereits durch den Erblasser eingegangenen Pachtvertrag. Auch der Satz, daß der Fiduciar Erbschaftsgelder immer auf eigenes Risiko ausborge, also unbedingt die Gefahr der Insolvenz des Schuldners zu tragen habe, ließe sich in Anbetracht der ihm zustehenden Verwaltungsbefugniß nicht in vollem Umfange aufrecht erhalten. 3) Die Motivirung stimmt nicht zur Entscheidung selber. Wenn der Anspruch des Fiduciars auf Vergütung der bereits vor Restitution der Erbschaft fällig gewordenen Zinsen und Pachtgeldraten aus dem Grunde zurückgewiesen wird, weil der Fideicommissar mit Recht die Restitution der Erbschaft in ihrem gegenwärtigen Bestande (hereditas qualis nunc est) for-

41) Wie es *Hoffmann* a. a. O. thut, dessen Argumentation sich einzig auf die in jener Motivirung angeblich enthaltene Rechtsregel gründet, daß der Erbe nur die „durch seine eigenen Handlungen veranlaßten Erbschaftsvermehrungen" behalten könne.

dert, so hätte doch das Recht des Fiduciars hinsichtlich der von ihm perzipirten Früchte und der Zinsen aus dem von ihm selbst ausgeliehenen Kapital damit begründet werden müssen, daß dieselben nicht zur Erbschaft gehören.[42]) Statt dessen macht der Jurist geltend, daß dieser Ertrag periculo vel opera s. impendio des Fiduciars bezogen werde. Eine augenscheinliche Inconcinnität!

Dies ungefähr könnte man der Deduktion des Marcellus, wenn er wirklich die ihm unterstellte Ansicht vertreten sollte, entgegenhalten. Nun würde es sich aber, wenn wir dieselbe ganz bei Seite liegen lassen wollen, immer noch fragen, ob die schon eingetriebenen Zinsen und Pachtgelder, nicht einen Bestandtheil der zu restituirenden Erbschaft bilden. Dies wird in der That von Hoffmann angenommen, indem er weiter ausführt (a. a. O. S. 94 fg.): „Es werden die Zinsforderungen mit den Kapitalforderungen auf ganz gleiche Linie gestellt. So wenig wie der Fiduciar befugt erscheint, die Kapitalforderungen einzutreiben und für sich zu behalten, ebenso wenig kann er für berechtigt angesehen werden, die Zinsforderungen einzukassiren, um sie für sich zu behalten . . . und so die Erbschaft in ihren ursprünglichen Bestandtheilen zu vermindern.“ Diese völlige Gleichstellung beiderlei Forderungen beruht nun aber, was die Wirkung der Eintreibung und das rechtliche Schicksal der aus ihnen vom Erben vereinnahmten Gelder anbetrifft, auf einer offenbaren petitio principii, und findet weder in l. 46 §. 1 cit. noch sonst in den Quellen eine Stütze.[43])

42) Ulp. l. 19 §. 2 D. ad SC. Treb. — id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis, fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur.

43) Sie würde übrigens zu der Consequenz führen, daß von den eingezogenen Zinsen oder Pachtraten „als ursprünglichen

Man darf dabei doch nicht das zwischen Zins und Kapital bestehende sachliche Verhältniß übersehen, welches die Zinsforderung als eine accessorische erscheinen läßt; und was die einzelne Miethgeldforderung anbetrifft, so kann man sie auch nur als ein Erzeugniß der ganzen Miethobligation ansehen.[44]) Die Ausführung des Marcellus „inter haec ceteraque, quae sunt promissa in annos singulos vel menses nihil interest“ ist doch immer zu verstehen mit Beschränkung auf den vorliegenden Fall, daß eine fällige Zins- oder Miethgeldforderung noch besteht. Es würde einer bekannten Grundregel der juristischen Interpretation widerstreiten, wenn man aus jener Aeußerung den allgemeinen Satz ableiten wollte, daß alle auf periodische oder terminweise wiederkehrende Leistungen gerichteten Obligationen überhaupt dieselbe rechtliche Natur haben. So würden selbstverständlich, wenn es sich um eine Rentenstipulation oder um eine in bestimmten Terminen abzutragende Darlehensschuld handelte, die einzelnen nach Antritt der Erbschaft eingegangenen Leistungen dem Fideicommissar zufallen. Daraus folgt aber noch gar nichts für die vom Erben einkassirten Zinsen und Miethgelder. Da diese, wie Marcellus selbst anerkennt, als Ertrag des Kapitals bezw. des Grundstückes gelten, welcher dem Erben, abgesehen von Mora desselben, verbleibt, so wird es auch keinen Unterschied machen können, ob sie aus einer schon vom Erblasser oder aus einer erst vom Erben selbst eingegangenen Obligation gewonnen sind. Bei dem Pachtschilling kommt noch der Umstand hinzu, daß er das Aequi-

Bestandtheilen der Erbschaft“ selbst wieder Verzugszinsen gezahlt werden müßten.

44) Keineswegs stehen dieselben, wie Hoffmann anzunehmen scheint, auf einer Linie mit einzelnen befristeten Forderungen.

valent der dem Fiduciar bis zu seinem Verzuge zufallenden natürlichen Früchte bildet.[45])

Und nun noch folgende Erwägung. Wie, wenn der Fiduciar das vom Erblasser ausgeliehene Kapital einzieht und aufs neue verzinslich anlegt oder auch durch Expromission einen neuen Schuldner annimmt? Wie ferner, wenn die durch den Erblasser begründete Miethe, wozu mitunter die Umstände sogar nöthigen können, aufgehoben und das Grundstück von Neuem vermiethet wird? Würde da auf die vereinnahmten oder fälligen Zinsen und Miethgelder der Fideicommissar wohl einen Ansprnch erheben können? Und etwas anderes sollte gelten, wenn Zinsen und Miethgelder aus der schon vor dem Erbschaftsantritt begründeten und weiter bestehenbleibenden Obligation bezogen sind? Das scheint ein praktisch ganz unannehmbares Resultat zu sein, zu welchem die entgegengesetzte Meinung führt.

Nun wird allerdings eine Ausnahme für das befristete Fideicommiß gemacht, welche man aber folgerichtig wohl nicht eingeräumt haben würde, wenn nicht die betreffende Quellenstelle so völlig unzweideutig spräche. Es ist l. 60 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1:

Papinianus l. IX. Respons. — Qui post tempus hereditatem restituere rogatur, usuras a debitoribus hereditariis perceptas, quarum dies post mortem creditoris cessit, restituere non cogitur: quibus non exactis omnium usurarum actio ex Trebel-

45) Vgl. l. 60 §. 5 D. ad SC. Treb. 36, 1, in welcher Stelle die vom Erbschaftsschuldner entrichteten Zinsen und die Miethgelder aus der schon vom Erblasser abgeschlossenen Miethe den natürlichen Früchten gleichgestellt werden, wie auch Hoffmann S. 100. 104. anerkennt.

liano transferetur, et ideo nec indebiti repetitio erit.[46])

Also: die in der Zwischenzeit bereits eingegangenen Zinsen (und ebenso natürlich auch die Pachtgelder)[47]) verbleiben dem Erben; dagegen die im Augenblicke der Restitution der Erbschaft noch geschuldeten, wenngleich schon fälligen, deren Eintreibung der Erbe unterlassen hat, fallen dem Fideicommissar zu.[48]) Nicht allein, was selbstverständlich ist, geht auf diesen die Zinsklage über, sondern der Fiduciar hat gegen ihn auch nicht die condictio indebiti auf Rückerstattung der an ihn eingehenden Zinsen. Hoffmann (a. a. O. S. 86) erklärt diese beim befristeten Fideicommiß geltende, von der Regel angeblich abweichende Bestimmung daraus, daß der Fiduciar alle nach dem Erbschaftserwerbe und vor Eintritt der Zeitbestimmung fälligen Revenüen kraft des Willens des Erblassers zu ziehen berechtigt sei. Es läßt sich jedoch nicht absehen, was mit dieser an sich ja ganz quellenmäßigen Auffassung für die vorliegende Frage gewonnen sein soll. Denn wird dadurch etwa erklärt, daß die bereits fälligen, aber noch nicht perzipirten Revenüen allemal definitiv dem Fideicommissar verbleiben? Sollte es nicht vielmehr dem Willen des Erblassers in voller Consequenz entsprechen, daß

46) Der weitere Fortgang der Stelle interessirt uns hier nicht; vgl. Anm. 49. Der hinter „actio“ ausgelassene Satz „nam hereditaria stipulatio fuit“ ist sicher ein Glossem.

47) Anders würde es sich auch hier wieder mit den eingegangenen Posten einer prinzipalen auf terminweise Leistungen gerichteten Forderung, wie z. B. bei der Rentenstipulation verhalten.

48) Ganz wie die bei der Herausgabe der Erbschaft oder des vermachten Grundstückes noch stehenden, wenn auch schon reifen Früchte, deren Perzeption der Erbe versäumt hatte; vgl. oben S. 442.

der Fideicommissar die von ihm vereinnahmten Zinsen, Miethgeldraten u. dgl., welche bereits in der Zwischenzeit fällig geworden waren, dem Erben wieder herausgeben oder ihm die hierauf gerichteten Klagen abtreten müsse? Wenn nur beim befristeten Fideicommiß der Fiduciar die Zinsen u. dgl. aus einer vom Erblasser begründeten Obligation sollte beanspruchen können, und wenn hier der muthmaßliche Wille des Erblassers in der That das einzig bestimmende Prinzip wäre, dann würde die Unterscheidung zwischen den schon bezogenen und den noch nicht bezogenen fälligen Zinsposten jedes vernünftigen Grundes entbehren. Diese Unterscheidung ist vielmehr nur dann haltbar, wenn sie bei jedem Fideicommiß gilt, gleichviel, ob die fraglichen Gefälle negligentia petentis oder iudicio defuncti perzipirt sind. Einzig in der Beziehung gewinnt der letztere Gesichtspunkt Bedeutung, daß die kraft des erblasserischen Willens bezogenen Früchte u. s. w. in die Quarta eingerechnet werden müssen.[49])

49) Wird doch auch jenem Gedanken nicht einmal in betreff der vom Erben gezahlten bezw. zu entrichtenden Zinsen der Erbschaftsschulden weitere Folge gegeben, wie der Fortgang der l. 60 §. 2 cit. lehrt. Die gezahlten Zinsen kann der Erbe dem Fideicommissar nicht in Abzug bringen: stand es ihm doch frei, das geschuldete Kapital selbst zurückzuzahlen und so der Zinsleistung zu entgehen. Hinsichtlich der noch nicht entrichteten fälligen Zinsen, die doch aus den Revenüen des Nachlasses zu bestreiten waren, kann der Fideicommissar dennoch, wenn er von den Erbschaftsgläubigern in Anspruch genommen wird, sich nicht an den Erben halten. Beim unbefristeten Fideicommiß würden allerdings die gezahlten Zinsen wohl den Betrag der Erbschaft selbst mindern, da die aus den Nachlaßsachen gewonnenen Einnahmen zur Entrichtung der Zinsen deshalb gar nicht benutzt zu werden brauchen, weil dieselben sich als ein rein zufälliger dem Willen des Erblassers gar

Das gewonnene Ergebniß wird auch nicht beeinträchtigt durch das princ. unserer l. 60 cit.[50]) Es handelt sich hier um ein dem Erben mit Vorbehalt der Quarta auferlegtes unbefristetes Universalfideicommiß. Bevor noch die Restitution der Erbschaft erfolgt ist, hat der Erbe einen Erbschaftsschuldner selbst beerbt. Die Obligation ist hier durch Confusio untergegangen, jedoch wird der Fideicommissar vom Erben auf Grund des Fideicommisses den geschuldeten Betrag einfordern können, gleich als wenn derselbe durch Zahlung in den Nachlaß gekommen wäre. Und nun entscheidet Papinian: „sed in eum diem, quo actio confusa est, usurae praeteriti temporis, quae in obligatione vel in officio iudicis fuerunt, computabuntur: posterioris ita demum, si mora fideicommisso facta sit.“ Also die bis zur Erlöschung der Obligation infolge der Beerbung des Nachlaßschuldners fällig gewordenen Zinsen (vertragsmäßige wie gesetzliche) werden bei Restitution der Erbschaft mit in Rechnung kommen; was aber die spätere Zeit anbetrifft, so kommen Zinsen nur im Falle der Mora des Fiduciars in Betracht. Mithin wenn bei einem geschuldeten Kapital von 2000 nach einem halben Jahre seit des Erblassers Tode Zinsen bis zum Betrage von 60 aufgelaufen waren, dann der Fiduciar den Schuldner beerbt und nach weiteren 6 Monaten das Universalfideicommiß restituirt wird, so würde der Fideicommissar,

nicht entsprechender Gewinn für den Fiduciar darstellen. Hoffmann äußert sich darüber nicht, doch wird er wohl derselben Ansicht sein, da er S. 98 hinsichtlich des befristeten Fideicommisses vom Erben sagt, er habe „die in Gemäßheit der Einforderung oder freiwillig eingezahlten Zinsen mit den gezogenen Revenüen der Erbschaft zu decken.“

50) Diese auf den ersten Blick für seine Meinung sprechende Stelle hat Hoffmann, wie es scheint, übersehen.

da die Quarta dem Fiduciar vorbehalten ist, außer den 1500 noch 45 und falls der letztere sich einer Mora schuldig gemacht hat, von dem Eintritt derselben an noch gesetzliche Zinsen von den 1500 verlangen können.

Ist nun in dieser Entscheidung nicht unwiderleglich die entgegengesetzte Meinung anerkannt, nämlich daß beim unbefristeten Fideicommiß die Zinsen aus einer vom Erblasser begründeten Obligation — und dasselbe müßte auch hinsichtlich der Pachtgelder gelten, wenn der Fiduciar den Pächter des Testators beerbt hatte — nicht bloß die bei der Restitution noch geschuldeten, sondern auch die schon eingegangenen, als zur Erbschaft gehörig mit herausgegeben werden müssen? Gewiß, wenn man die eingetretene Confusio als eine Art Zahlung behandeln dürfte,[51] so als ob der Fiduciar die Schuld des von ihm beerbten Nachlaßschuldners an die Erbschaft bezahlt hätte. So argumentirt aber Papinian keinesweges; sein Gedankengang scheint vielmehr folgender zu sein. Durch die Confusio ist die Schuld definitiv untergegangen, eine Klage gegen den Erben des Schuldners (Fiduciar) kann somit auch nicht infolge der Restitution ex SC. Trebelliano aufs neue aufleben („actio eo confusa per Trebellianum redintegrari non potest"). Es muß jedoch dem Fideicommissar Alles zu Theil werden, was er beanspruchen könnte, wenn die Erbschaftsforderung gegen den Schuldner in dem Umfange, welchen sie zur Zeit des Eintrittes der confusio hatte, also mit den inzwischen aufgelaufenen Zinsen noch fortbestünde. Von dem Augenblicke des Erlöschens der Forderung durch Beerbung des Schuldners ging auf den ganzen Betrag derselben die fideicommissi petitio. Von ferneren Zinsen kann aber, da ja jene Erbschaftsforderung eben erloschen

51) Vgl. dagegen auch Fitting Correalobligat. S. 118.

ist, keine Rede mehr sein, abgesehen von dem Falle, wenn der Erbe mit der Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit aus dem Fideicommiß in Verzug geräth.

Doch kehren wir nach dieser Abschweifung wieder zu unserem Gegenstande zurück. Der Erbe hat, wie bemerkt wurde, beim befristeten Vermächtniß regelmäßig, und zwar ex voluntate defuncti, Anspruch auf die in der Zwischenzeit bis zum Eintritt des dies entstandenen Früchte und Erträgnisse der vermachten Sache. Ebenso fallen ihm auch, wie wir gleichfalls schon gesehen haben, die von der vermachten Sklavin geborenen Kinder zu. Große Schwierigkeit bereitet nun in dieser Beziehung l. 14 §. 1 D. de usur. 22, 1, um deren Erklärung und Vereinigung mit l. 60 §. 4 D. ad SC. Treb. 36, 1 man sich viel abgemüht hat.[52]) Auch hier handelt es sich allerdings um ein Universalfideicommiß; da aber irrigerweise gewöhnlich angenommen wird, daß dieselben Grundsätze auch auf das Singularvermächtniß Anwendung finden müssen, so werden wir an diesen Stellen nicht vorbeigehen können.

Nach dem von Ulpian in l. 23 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1[53]) aufgestellten Grundsatz muß der Fiduciar,

52) Vgl. Cujacius in l. 14 respons. Pauli ad l. 14 §. 1 cit.; in l. 9 quaest. Papinian. ad l. 60 §. 4 cit. Donellus comment. VII c. 26 nr. 8. Corasius miscell. iur. civ. V. c. 8 nr. 8. Pacius enantiophan. cent. V. qu. 43. Kessel de usucap. r. furt. c. 3 §. 1. 2. (Oelrichs, thesaur. dissert. vol. I. tom. 2. p. 221 sqq.) Mommsen, Erörterungen I. S. 38. Anm. 23. Göppert a. a. O. S. 35. Anm. 40.

53) Den Text s. oben S. 238. Die Stelle spricht, wie sich aus dem ganzen Zusammenhange ergiebt, (vgl. S. 241) von einem befristeten Universalfideicommiß und den in der Zwischenzeit geborenen Sklavenkindern. Daß ebenso entschieden werden muß hinsichtlich der nach dem dies fidei-

während er die fructus von den Erbschaftssachen behält, die Sklavenkinder restituiren, weil diese nicht als Ertrag der ancilla erscheinen, sondern zur herauszugebenden Erbschaft selbst gehören.[54]) Damit stimmt vollkommen überein die Entscheidung Papinians in l. 60 §. 4 cit.:

Hereditatem post mortem suam exceptis reditibus restituere rogatus ancillarum partus non retinebit nec foetus pecorum qui summissi gregem retinent.

Das ist offenbar so zu verstehen, daß der Fiduciar die Sklavenkinder nicht behalten darf, selbst wenn er angewiesen ist, die Erbschaft „exceptis reditibus" herauszugeben. Keinesweges aber will der Jurist damit sagen, daß der Fiduciar regelmäßig die Sklavenkinder behalten dürfe und eben nur in dem Falle herausgeben müsse, wenn die Restitution „exceptis reditibus" ihm auferlegt sei.[55])

commissi entstandenen partus, ergiebt sich schon aus dem Grunde der Entscheidung. Dagegen meint Donellus, daß grundsätzlich nur im letzteren Falle der partus geleistet werden müsse, während beim bedingten oder befristeten Vermächtniß das in der Zwischenzeit geborene Sklavenkind dem Erben verbleibe, und versteht auch l. 60 §. 4 cit. von dem „ante aditam hereditatem vel post diem fideicommissi" zur Welt gekommenen Kinde. Auch Mommsen nimmt es als „feststehend" (!) an, daß der Fiduciar bei einem bedingten oder betagten Universalfideicommiß die inzwischen geborenen Sklavenkinder nicht herauszugeben brauche, während ihm die Sache beim purum fideicommissum zweifelhaft erscheint, indem er l. 23 §. 3 cit. von letzterem versteht.

54) Vgl. l. 27 pr. D. H. P. 5, 3. l. 20 §. 3 eod.

55) So haltlose Suppositionen wie die von Corasius, daß die Stelle von dem nach der Mora geborenen Sklavenkind handele, oder von Goveanus in comm. in tit. ad l. Falc. in l. 24. (Opp. Lugd. 1599 p. 602) und Pacius, daß Papinian an die „partus qui supplent gregem

Dem widerspricht nun [56]) die Entscheidung des Paulus in l. 14 §. 1 cit.:

Heres rogatus erat post mortem suam sine reditu hereditatem restituere: quaesitum est, an partus ancillarum etiam vivo herede nati restituendi essent propter verba testamenti, quibus de reditu solo deducendo testator sensit. Paulus respondit, ante diem fideicommissi cedentem partus ancillarum editos fideicommisso non contineri. Neratius libro primo ita refert eum, qui similiter rogatus esset, ut mulierem restitueret, partum eius restituere cogendum non esse, nisi tunc editus esset, cum in fideicommisso resti-

ancillarum" denke, oder endlich von Kessel, nach welchem die Stelle von einem fideicommissum pure relictum, das bloß erst nach dem Tode des Fiduciars realisirt werden solle, verstanden werden soll, verdienen keine Widerlegung. — Mommsen meint, die Restitution des partus gründe sich auf den Willen des Testators, welcher dem Erben ausdrücklich nur die reditus vorbehielt und damit zu erkennen gab, daß der Erbe nicht wie sonst den partus zurückbehalten dürfte. Sollte man aber Papinian wohl eine solche spitzfindige und wortklauberische Auslegung einer Verfügung des Testators, welche doch den Fideicommissar nicht besonders begünstigen wollte, zum Nachtheile des Fiduciars zutrauen dürfen? Papinian müßte dann folgerichtig, wenn dem Erben die Restitution der Erbschaft „cum reditu" auferlegt war, das Sklavenkind ihm zusprechen. Außerdem paßt jene Interpretation nicht zur Entscheidung in betreff der in die Heerde eingereihten oder einzureihenden Jungen; denn diese würde ja der Fiduciar auch dann nicht behalten können, wenn der Vorbehalt „exceptis reditibus" fehlte.

56) Ein Widerspruch wird auch von Cujacius und Göppert angenommen.

tuendo moram fecisset: neque interesse existimo, an ancilla specialiter an hereditas in fideicommisso sit.

Klar ist, daß der Fiduciar, welcher die Erbschaft nach seinem Tode sine reditu zu restituiren hat, nach Paulus Meinung die inzwischen entstandenen partus soll behalten können: obwohl der partus nicht unter die Kategorie des reditus fällt. Welcher Ansicht Paulus in dem Falle war, wenn der Testator den reditus dem Fiduciar nicht ausdrücklich vorbehalten hatte, folgt aus seiner Entscheidung noch keinesweges. Denn an sich wäre es ja möglich, daß er dem Fiduciar den partus zuspricht trotz des Zusatzes „sine reditu," so daß sein Gedankengang folgender sein würde: „Regelmäßig verbleiben die in der Zwischenzeit geborenen Sklavenkinder dem Fiduciar.[57]) Da nun im vorliegenden Falle der Ertrag der Erbschaft dem letzteren ausdrücklich vorbehalten ist und zu demselben Sklavenkinder nicht gehören, so entsteht die Frage, ob der Testator den Fiduciar bloß auf den Ertrag im eigentlichen und engeren Sinne habe beschränken wollen, so daß derselbe die Sklavenkinder mit herausgeben müßte.[58]) Und diese Frage ist zu verneinen."

Es mag nun zugegeben werden, daß bei dieser Annahme die von Paulus zur Unterstützung seiner Meinung angezogene Entscheidung des Neratius, also die Analogie des Singularfideicommisses einer ancilla — bei welchem dem Erben der partus sonst unzweifelhaft verbleibt —

57) Dies setzt als die Meinung des Paulus auch Cujacius voraus, nach welchem der Vorbehalt „sine reditu" im Sinne des Juristen als überflüssig und somit als nicht beigefügt zu erachten wäre, indem der partus, obwohl er nicht zu den fructus gehöre, doch ex iudicio defuncti dem Fiduciar erworben werde.

58) Vgl. Anm. 55 a. E.

besser zutreffen würde. Dennoch erhebt sich gegen diese Interpretation das Bedenken, daß sie von vorneherein eine von Ulpian und Papinian hinsichtlich der Restitution des partus ancillae beim Universalfideicommiß abweichende Auffassung des Paulus statuirt, die man doch, da die Quellen sonst keinen Anhalt gewähren, nicht ohne weiteres wird annehmen dürfen. Denn es zwingt uns nichts, die mit unserer Stelle allerdings in unmittelbarem Zusammenhange stehende l. 24 §. 1 D. ad l. Falc. 35, 2[59]) von einem Universalfideicommiß zu verstehen.

So ist es mir denn nicht unwahrscheinlich, daß Paulus dem Fideicommissar den partus ancillae abspricht eben wegen des vom Testator angeordneten Abzuges des reditus. Die Deduktion ist einleuchtend: Dem Fiduciar verbleiben die Sklavenkinder sonst nicht. Nun soll aber derselbe, wie der Erblasser ausdrücklich bestimmt hat, den reditus behalten. Es fragt sich nun, ob die Sklavenkinder unter das Fideicommiß fallen, da sie nicht zum reditus gehören. Diese Frage wird verneint. Denn offenbar wollte der Erblasser das Fideicommiß beschränken und es ist nicht anzunehmen, daß er etwas Ueberflüssiges angeordnet habe, indem ja auch ohne diese Bestimmung „sine reditu", der Zuwachs (abgesehen vom partus) dem Erben verbleiben würde. Dafür, daß unter reditus nicht bloß der Ertrag im strengen Sinne zu verstehen sei, so daß Sklavenkinder damit ausgeschlossen wären, beruft sich Paulus auf eine analoge Entscheidung des Neratius in betreff des „sine reditu" angeordneten Singularfideicommisses einer ancilla. Wenn hier der Belastete den partus ancillae behalten darf, obwohl er nicht zum reditus gehört, — warum sollte etwas anderes hinsichtlich des Universal-

59) Oben S. 439. Die Stelle ist ebenfalls aus Paul. l. 14 respons. entnommen.

fideicommisses gelten? Allerdings ist die Analogie etwas hinkend; denn bei der Entscheidung des Neratius hinsichtlich des Singularfideicommisses behält der Erbe den partus ancillae trotz des Vorbehaltes „sine reditu“, da er ihm ja auch ohnehin zufallen würde: dagegen in unserem Falle soll er ihn gerade wegen dieses Vorbehaltes nicht herauszugeben brauchen. Indessen darauf darf man nicht allzuviel Gewicht legen; denn in beiden Fällen kommt es auf die Ermittelung des Willens des Erblassers in betreff des Umfanges des vorbehaltenen reditus hinaus.

Dem Vermächtniß kann vom Testator ein dies auch im Interesse des Honorirten selber hinzugefügt sein, welchem durch den Aufschub der Entrichtung des Vermächtnisses der Gegenstand desselben desto sicherer erhalten bleiben soll. In einem solchen Falle wird er auch die vom Belasteten inzwischen gezogenen Früchte beanspruchen können. So wenn die Erfüllung des Vermächtnisses bis zur Mündigkeit oder Volljährigkeit des Legatars oder auch bis zur Befreiung von der väterlichen Gewalt u. dgl. aufgeschoben ist, in welchem Falle es dem Onerirten auch nicht freisteht, sich durch frühere Leistung zu befreien.[60]) Der Grundsatz selbst findet sich ausgesprochen in l. 43 §. 2 D. de leg. II.:

Pomponius l. III. ad Qu. Muc. — Pegasus solitus fuerat distinguere, si in diem fideicommissum relic-

60) Das gilt in gleicher Weise, ja ist vorzugsweise von praktischer Bedeutung beim Universalfideicommiß. Es ist übrigens bemerkenswerth, daß alle Quellenstellen hier von Fideicommissen, nicht von Legaten handeln. — l. 15 D. de ann. leg. 33, 1. Javolenus . . respondit, si propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, in diem fideicommissum relictum probetur et perdituro ei id heres ante diem restituisset, nullo modo liberatum esse.

tum sit, veluti post annos decem, interesse cuius causa tempus dilatum sit, utrumne heredis, quo casu heredem fructum retinere debere, an legatarii, veluti si in tempus pubertatis ei qui impubes sit fideicommissum relictum sit: tunc enim fructus praestandos et antecedentis temporis. Et haec ita intelligenda sunt, si non nominatim adiectum est, ut cum incremento heres fideicommissum praestet.[61])

Ob nun der Erblasser in der That im Interesse des Belasteten, oder des Bedachten das Vermächtniß als ein befristetes angeordnet habe, ist einzig eine Frage der Willensauslegung. Schon aus der im Testament sich findenden Motivirung des Vermächtnisses, oder den sonst bei der Anordnung desselben gebrauchten Worten wird die Absicht des Erblassers häufig mit Sicherheit hervorgehen.[62]) Aber auch ohne eine solche Erklärung wird die Vermuthung dafür sprechen, daß der Testator mit seiner Verfügung den Vortheil des Honorirten wahrnehmen wollte, wenn dieser in einem besonders nahen persönlichen Verhältnisse zum Testator steht, z. B. ein Kind desselben ist, und zumal auch dann, wenn dem Erben ein Nachlaßgegenstand oder eine Summe vorbehalten ist. Der Beschwerte ist hier in Wahrheit nur einstweilen der Herr des hinterlassenen Gegenstandes, welchen er einzig zum Vortheil des Honorirten

61) Die recht überflüssige Schlußbemerkung des Pomponius ist natürlich nicht auf den unmittelbar vorangehenden Satz zu beziehen, sondern will nur besagen, daß, wenn der Testator eine ausdrückliche Bestimmung hinsichtlich der Herausgabe cum incremento getroffen hat, — es auf die von Pegasus gemachte Distinktion nicht weiter ankommen kann!

62) So in dem Falle der l. 3 §. 3 D. de usur. 22, 1. l. 21 §. 2 D. de ann. leg. 33, 1.

innehaben, bewahren und verwalten soll, wie ein Mandatar.[63]) Und da ihm nach dem Willen des Testators die Verwaltung im Interesse des Honorirten anvertraut sein sollte, so wird letzterer nicht bloß die vom Erben bezogenen Früchte, sondern auch die durch seine Nachlässigkeit versäumten beanspruchen können.

In einem solchen Falle wird übrigens das an die Erreichung eines bestimmten Alters geknüpfte Vermächtniß nicht wie sonst als ein bedingtes,[64]) sondern als ein sofort angefallenes Vermächtniß, dessen Auszahlung nur aufgeschoben ist, behandelt werden müssen, so daß es durch den in der Zwischenzeit erfolgten Tod des Honorirten nicht vereitelt wird. Diese Annahme ist um so unbedenklicher, als die Auffassung eines solchen Vermächtnisses als ein bedingtes überhaupt nicht auf begrifflicher Nothwendigkeit, sondern lediglich auf Willensauslegung beruht. Man wird in unserem Falle, wo einzig zum Vortheil des Honorirten die Entrichtung des Vermächtnisses aufgeschoben sein sollte, sagen können, daß der Testator die Frist, in welcher das Vermächtniß zu leisten wäre, von vorneherein nach Jahren bestimmt haben würde, wenn er hätte wissen können, daß der Honorirte das festgesetzte Alter nicht erreichen[65]) und wie alt er im Augenblicke seines Todes sein würde.

63) Vgl. Papin. l. 3 §. 3 cit.: — lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat. Iavol. l. 48 D. ad SC. Treb. 36, 1.: — prorogando tempus solutionis tutelam heredi fiduciario permisisse videtur. Vgl. l. 15 D. de ann. leg. 33, 1 in Anm. 60.

64) l. 21 pr. l. 22 pr. D. qu. di. 36, 2. l. 49 §. 2. 3. D. de leg. I.

65) l. 26 §. 1 D. qu. di. 36, 2. Der Bedachte soll hier von der ihm vermachten, bei einem bestimmten Dritten verzinslich unterzubringenden, Summe einstweilen nur die Zinsen und erst mit seiner Großjährigkeit das Kapital ausgezahlt

Noch ein anderer Fall, in welchem die Restitution der Früchte auf Grund des muthmaßlichen Willens des Erblassers zur Sprache kommen kann, ist der, wenn dem Honorirten auferlegt ist, alles das, was er aus dem Vermögen des Erblassers infolge der letztwilligen Verfügung erhalten hat, bei seinem Tode an einen Dritten herauszugeben.[66]) Im Allgemeinen gilt freilich die Regel, daß er die bis zu seinem Tode bezogenen Früchte behält. Es wird dies als selbstverständlich ausgesprochen in

l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1. Papinianus l. VIII. respons. — *„Heredes mei quidquid ad eos ex hereditate bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriae meae coloniae Be-*

erhalten. Wenn er vor Erreichung dieses Alters verstirbt, so geht das Vermächtniß, wie Papinian entscheidet, auf seine Erben über: „nam certam aetatem sorti solvendae praestitutam, non pure fideicommisso relicto condicionem insertam." Vgl. l. 5 pr. C. eod. 6, 53. — Ex his verbis: *do lego Aeliae . . decem quae accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit*, non condicio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Vgl. Brinz Pand. III. §. 427 (S. 408). Anm. 17. Ob der Erbe des Honorirten sofort oder (wie l. 5 §. 1 C. cit. entscheidet) erst am Tage, an welchem der Honorirte das bestimmte Alter erreicht hätte, das Vermächtniß einfordern dürfe, ist quaestio facti. Uebrigens muß man wohl beachten, daß nicht überall, wo die Entrichtung des Vermächtnisses erst, wenn der Honorirte ein bestimmtes Alter erreicht hat, erfolgen soll, derselbe schon darum allein die Früchte der Zwischenzeit beanspruchen kann. Vgl. auch Anm. 29.

66) Vgl. auch Donellus comment. iur. civ. l. VII. c. 26 nr. 21 sqq.

*neventanorum": nihil de fructibus pendente condicione perceptis petitum videri constitit.[67])

l. 83 pr. D. de legat. III. Modestinus l. X. respons. — Quod his verbis relictum est: *„quidquid ex hereditate bonisve meis ad te pervenerit, cum morieris restituas,"* fructus quos heres vivus percepit, item quae fructuum vice sunt non venire placuisse: nec enim quicquam proponi, ex quo de his quoque restituendis testatricem rogasse probari potest.[68])

Diese Entscheidung entspricht auch gewiß dem Willen des Erblassers. Denn welchen Vortheil würde der Honorirte sonst von der Verfügung kraft des Willens des Testators haben, wenn er lediglich im Interesse des Dritten die Früchte in der Zwischenzeit zu ziehen hätte? Und ferner wozu hatte der Erblasser ihm die Restitution erst mit seinem Tode auferlegt, wenn er ihm nicht in der Zwischenzeit den Genuß des Hinterlassenen zuwenden wollte?

Dem widersprechen nun aber scheinbar zwei Stellen. Nach Ulpians Entscheidung in l. 2 §. 1 D. de dote prael. 33, 4 soll die Ehefrau, welcher vom Manne ein Vermächtniß an Stelle ihrer Dos hinterlassen und „quidquid ad se ex hereditate pervenerit" an einen Dritten bei ihrem Tode zu restituiren anbefohlen ist, nur den dem Betrage der Dos gleichkommenden Theil des Vermächtnisses natürlich mit den gezogenen Früchten behalten, den Ueberschuß aber mitsammt den Früchten zu restituiren haben. Aber auch da wird man den Anspruch des Fideicommissars

67) Ueber den Schlußsatz s. unten Anm. 75.

68) Dieselbe Formel des Fideicommisses kehrt noch wieder, außer den später anzuführenden Stellen, in l. 77 §. 12 D. de legat. II. l. 17 §. 1. l. 80 §. 13 D. ad SC. Treb. 36, 1.

auf den Willen des Erblassers gründen können; dieser wollte eben die Frau nur für ihre Dos abfinden und lediglich auf den Betrag derselben beschränken.[69])

Mehr Verwunderung hat mit Recht das Responsum in l. 33 D. ad SC. Treb. 36, 1 erregt:

69) So auch schon die Glosse, welcher Cujacius comm. in tit. D. 33, 4 ad h. l. beistimmt. Uebrigens ist das Vermächtniß für die Frau hier doch nicht so ganz ohne Vortheil, wenn wir uns den Thatbestand des in l. 2 §. 1 cit. vorliegenden Falles vergegenwärtigen. Die Frau hatte behufs Erfüllung eines Dotalversprechens von 400, in ausstehenden Forderungen 200 und zwei auf den Werth von 200 geschätzte Grundstücke gegeben. Gegenstand des legatum pro dote sind die beiden letzteren und noch zwei andere Grundstücke. Sie konnte also ohne das Vermächtniß immer nur 400 in den gesetzlichen Restitutionsfristen beanspruchen, so daß ihr i. G. zwei Jahreszinsen entgehen würden. Diese lucrirt sie nun. (Aus den Worten „salvo eo quod ex commodo repraesentationis ab ea fideicommitti potuit," die lediglich parenthetisch als Restriction zu dem vorangehenden Satze „dotem enim recepisse etc." zu nehmen sind, wird unsere Auffassung um so weniger widerlegt werden können, als der Jurist am Schlusse der Stelle ausdrücklich entscheidet: habebit igitur praecipuam dotem cum suis fructibus.) Ferner wird aber bezüglich der beiden ästimirten Grundstücke — an eine eigentliche dos aestimata ist hier selbstverständlich nicht zu denken — an der ursprünglichen Schätzung festgehalten werden müssen, so daß die Frau dieselben auf ihre Dos von 200 auch dann behalten kann, wenn sie in der That jetzt mehr werth sind. Wenigstens würde dies der Absicht des Erblassers entsprechen. Auch scheint es, daß Ulpian hinsichtlich dieser letzteren Grundstücke in der That ein eigentliches praelegatum dotis annimmt, wenn er sagt: maritus pro dote fundos ei duos reliquit et praeterea duos illos dotales, quos aestimatos acceperat.

Celsus l. XX. Digest. — Ballista filiumfamilias heredem instituit ita: „*Rebellianus, si caverit coloniae Philippensium, si sine liberis morietur, quantacumque pecunia ex hereditate deve bonis meis ad eum pervenit, eam pecuniam omnem ad coloniam Philippensium perventuram.*“ Respondi: ex his verbis quae proponis, id est „pecuniam“, [70]) existimo etiam fructus, quos ex hereditate percepit, restituere eum debere, perinde quasi specialiter hoc testator expressisset.

Man hat sich viel Mühe gegeben, die Entscheidung des Juristen zu erklären und innerlich zu rechtfertigen. Diese Erklärungsversuche sind aber, obwohl manche das Richtige streifen, alle nur Nothbehelfe, welche die Interpreten selbst nicht befriedigen. Schon die Glosse giebt drei Lösungen des scheinbaren Widerspruches mit anderen Stellen, welche auch von den Späteren adoptirt sind. Sie legt 1) entscheidendes Gewicht auf das vom Testator gebrauchte Wort pecunia, welches „largissime omnia comprehendit;“ 2) betont sie das Wort „quantacumque;“ 3) findet sie den Grund der Entscheidung in der vom Testator gebrachten Wiederholung „eam pecuniam omnem.“ Die letzte Erklärung wird auch noch von Hilliger (s. Anm. 70) in Ermangelung einer besseren festgehalten. Donellus sucht ebenfalls, aber unter einem anderen Gesichtspunkte, aus dem gebrauchten Ausdruck pecunia die vom Juristen Celsus statuirte Willensmeinung

70) Die Worte: i. e. pecuniam machen ganz den Eindruck eines neueren ungeschickten Glossems und werden mit Recht nach dem Vorgange von Cujacius observ. IV. c. 39 (gegen welchen sich freilich Hilliger ad Donelli comment. VII. c. 26 nr. 23 erklärt) in der Mommsen'schen Digestenausgabe gestrichen.

des Erblassers zu erklären, jedoch in so unklarer Weise, daß Hilliger seine Deduktion selbst mit Recht einer Auslegung für bedürftig erklärt. Nämlich obwohl die Früchte selbst von den schon dem Erben gehörigen Sachen gewonnen wären, also nicht mehr zur Erbschaft gehörten, sei doch, wie er meint, die pecunia d. i. der Werth der Früchte ex hereditate. Gordon[71]) nimmt an, daß aus der Verfügung des Erblassers eine besondere Zuneigung für die betreffende Gemeinde hervorgehe, diese mithin möglichst begünstigt werden müsse. Huber,[72]) welcher nach seinem eigenen Geständniß mit der Stelle nicht viel anzufangen weiß, erklärt die Entscheidung aus der Verbindung des Ausdruckes pecunia mit de bonis in der vom Testator angewendeten Formulirung. Auch Hoffmann[73]) geht in seiner Erklärung der l. 33 über seine Vorgänger nicht hinaus. Der Ausdruck pecunia umfasse in der weiteren Bedeutung auch die Früchte, und daß gerade in dieser Bedeutung der Ausdruck gebraucht werden solle, gehe aus dem verstärkenden Zusatze quantacumque hervor; der Erbe solle, welcherlei Vermögen auch an ihn vom Erblasser her gelangen würde, restituiren.

Den scharfsinnigsten, aber auch bedenklichsten Erklärungsversuch hat Cujacius aufgestellt.[74]) Nicht aus dem Testament, sondern aus der vom Erben geleisteten cautio conventionalis (also der Stipulation) werde das

71) Praetermiss. c. 2. in Otton. Thesaur. II. p. 831 sqq.
72) Praelect. iur. civ. in tit. 36, 1. nr. 15 (Lips. 1707. tom. III. p. 319) und ad Inst. II. 23 nr. 7 (tom. I. p. 236.)
73) Gießener Zeitschr. f. Civilrecht. N. F. I. S. 111.
74) Observat. IV. c. 391 u. öfters wiederholt, vgl. comment. in tit. D. 36, 1 ad l. 18; in tit. de leg. III. ad l. 83 pr.; in l. VIII. Resp. Papin. ad l. 59 cit.; in l. X. Resp. Modest. ad l. 83 pr. cit.

Fideicommiß eingefordert. Diese begreife aber auch die Leistung von Früchten in sich arg. l. 178 §. 1 D. de V. S. 50, 16. Hätte dies der Erblasser nicht gewollt, so müßte seine Anordnung in betreff der Caution als etwas Ueberflüssiges erscheinen, da ja auch ohnedies der Fiduciar zur „cautio praetoria" verbunden sei. Indessen zunächst wäre dagegen zu erinnern, daß, mag die Stipulation abgeschlossen sein oder nicht, doch immer in der testamentarischen Disposition (wie ja auch Cujacius selbst anzunehmen scheint) ein direkt zu verfolgendes Fideicommiß hinsichtlich der Erbschaft enthalten ist. (Wogegen man sich keinesweges auf l. 38 §. 7 D. de leg. III. berufen darf). Sodann spricht gegen jene Deduktion, wie schon Gordon und Huber hervorheben, der Umstand, daß die fragliche Stipulation doch nichts anderes enthalten kann, als was nach dem Sinne des Testators den Gegenstand des Fideicommisses bildet, da sie einzig zur Sicherung desselben bestimmt ist und insofern mit der prätorischen cautio auf gleicher Linie steht. (Vgl. auch l. 56 i. fi. D. ad SC. Treb. 36, 1). Es wäre doch wunderbar, wenn der Fideicommissar mit der Klage aus der Stipulation die Früchte der Zwischenzeit sollte erlangen können, während ihm diese, wenn er das Fideicommiß aus dem Testament geltend macht, abgesprochen werden müßten. Die Berufung endlich auf die stip. emptae venditae hereditatis in l. 178 cit. ist schon deshalb unzulässig, weil es sich da gar nicht um die bis zum Verkaufe der Erbschaft gezogenen Früchte, sondern um die dem Erben nach diesem Zeitpunkt, ja sogar nach der Herausgabe der Erbschaft zugehenden Nachlaßobjekte, wozu auch etwaige Früchte gehören, handelt.

Darüber kann nun kein Zweifel obwalten, daß Celsus in der That aus dem Wortlaute des Fideicommisses auf den Willen des Erblassers schließt, daß die Früchte ebenfalls der Restitution unterliegen sollen. Hiebei darf

man sich aber nicht an das eine oder andere einzelne Wort der letztwilligen Verfügung anklammern, sondern man muß sie als ein Ganzes auffassen. Zunächst kommt nun hier in Betracht, daß der Erbe nur für den Fall seines kinderlosen Todes mit dem Fideicommiß belastet ist. Hätte das ererbte Vermögen mit dem Tode des Erben unter allen Umständen herausgegeben werden sollen, so würde die Restitution der Früchte nicht als der Absicht des Testators entsprechend angenommen werden können. Denn es läßt sich doch nicht vermuthen, daß er dem Erben gar keinen Vortheil habe zuwenden wollen; zumal da hier das auf den Tod des Fiduciars gestellte Fideicommiß thatsächlich kaum noch wie sonst die Natur eines bedingten Vermächtnisses hat.[75]) Ferner soll der Erbe nicht bloß die ihm hinterlassenen Güter, sondern allen und jeden Erwerb, den er aus denselben gemacht habe, jede ihm daraus erwachsene Vermögensvermehrung nach der sehr bestimmten und nachdrücklichen Erklärung des Testators der betreffenden Gemeinde zukommen lassen. Ja noch weiter! Der Testator sucht diese seine Verfügung noch dadurch zu bestärken, daß er dem Erben ausdrücklich auferlegt, dieserhalb der Gemeinde durch Stipulation Sicherheit zu leisten; und zwar soll derselbe erst, nachdem er sich der Gemeinde zur even=

75) Denn bei der Gemeinde trifft ja immer zu, was sonst das Vermächtniß post mortem heredis zum bedingten macht, nämlich daß der Honorirte den Belasteten überlebt. Allerdings spricht Papinian l. 59 pr. eod. (S. 464) in dem gleichen Falle von einer condicio pendens. Schwerlich ist hier aber das Wort „condicio“ als Bedingung im technischen Sinne zu verstehen. Da nur in dem ganz fern liegenden Falle einer Auflösung der Gemeinde vor dem Tode des Fiduciars die bedingte Natur des Vermächtnisses hervortreten könnte, so liegt praktisch eine bloße Befristung vor.

tuellen Restitution der omnis pecunia verpflichtet hat, zur Erbschaft zugelassen werden.[76]) Es scheint, daß der Erblasser damit auch die Ausschließung der quarta Falcidia beabsichtigte. Wenn es nun auch fraglich ist, ob der Testator damit seinen Zweck erreichen kann,[77]) so wird sein Wille wenigstens soweit realisirt werden müssen, daß der die Quarta übersteigende Betrag der inzwischen gezogenen Früchte der Restitution unterliegt. Endlich darf man nicht unbeachtet lassen, daß der eingesetzte Erbe ein Haussohn ist[78]) und daß so für den Testator auch der Gedanke mitbestimmend gewesen sein mag, daß bei dem früher erfolgten kinderlosen Tode des Fiduciars in väterlicher Gewalt, der Gewalthaber nichts lucriren solle. Nach alledem wird der Ausdruck pervenit verstanden werden müssen — nicht von dem Zuwachs der Erbschaft bis zum Antritt derselben, sondern — von allem Erwerbe aus dem hinterlassenen Vermögen bis zum Tode des Fiduciars und es rechtfertigt sich vollständig die der Entscheidung des Juristen zu Grunde liegende Willensauslegung „perinde quasi specialiter hoc testator expresserit."

Wie stimmt nun aber diese Entscheidung zu der desselben Juristen, welche von M a r c i a n in der unmittelbar folgenden l. 34 eod. referirt wird?

Scribit Celsus l. XX. digestorum, si qui quadringenta in bonis habebat petit ab herede suo, ut, si

76) Das „si caverit" wird doch als Bedingung, nicht als Modus zu nehmen sein.

77) Vgl. die freilich etwas anders gestaltete Verfügung in l. 27 D. ad l. Falc. 35, 2.

78) Aber nicht etwa Haussohn des Testators, wie mitunter angenommen wird. — Uebrigens gewinnt aus diesem Umstande die dem Fiduciar auferlegte Bedingung der Cautionsleistung noch erhöhte Bedeutung.

sine liberis moreretur, quanta pecunia ex hereditate sua ad eum pervenisset, Maevio restitueretur: si ex fructibus medio tempore quadringenta perceperit et sine liberis decesserit, heredem eius quadringenta debiturum. Et cum diu multumquae tractavit, an cum augmentum heres sensit et periculum sustineat, an per contrarium, novissime ait iniquum esse ad fideicommissarium damnum pertinere, ad quem augmentum non pertinet: et ad supplendum, inquit, quodcumque ex quadringentis defuerit etiam augmentum ad eum pertinebit, hoc est ut usque ad summam quadringentorum damna et fructus computentur.[79])

In der That ist nun hier der Fall bei aller äußeren Aehnlichkeit doch ein ganz verschiedener. Grundsätzlich soll der Fiduciar die inzwischen gezogenen Früchte behalten. Aber zufällig eingetretene Verminderungen des Nachlasses soll er aus den gezogenen Früchten, weil ihm der Gewinn zufällt, decken, mithin den ganzen ursprünglichen Betrag der Erbschaft aus dem inzwischen bezogenen Fruchtbetrage herstellen, so daß ihm nur der Ueberschuß des letzteren über den ersteren verbleibt.

Daß zunächst die hier vom Erblasser gebrauchte Formel „quanta pecunia ex hereditate pervenerit“ nicht dasselbe ausdrücken soll, wie die in l. 33 cit. sich findende, dürfte schwer einleuchten. Es scheint keines Beweises zu bedürfen, daß die widersprechende Entscheidung in betreff

79) Die Florentina liest damni, was wohl nur Schreibfehler ist. Statt „computentur“ mit Th. Mommsen zu setzen „compensentur“, scheint unnöthig, da das erstere Wort in der Bedeutung von „verrechnen“ einen ganz guten Sinn giebt. Mit Recht wird dagegen von Mommsen das den Worten „ad supplendum“ vorangehende an gestrichen.

der dem Fiduciar obliegenden Restitution der Früchte nicht ihren Grund haben kann in der feinen Unterscheidung zwischen „quanta“ und „quantacumque pecunia.“ [80]) Es ist mit diesem Ausdruck nichts anderes gemeint, als der Gesammtbetrag der Erbschaft, welcher dem Fiduciar zugefallen ist. Allerdings nicht in dem Sinne, daß nun der Erbe statt der Nachlaßsachen nach seinem Belieben auch den Werth derselben dem Fideicommissar herausgeben könnte, oder daß das Fideicommiß den Ueberschuß der Activa über die Passiva zum Gegenstande hätte: es bleibt vielmehr immer ein Erbschaftsvermächtniß. [81]) Aber andererseits sagt diese Verfügung doch nicht ganz dasselbe, wie wenn dem Erben auferlegt ist, die Erbschaft selbst oder quidquid ex hereditate pervenerit zu restituiren. Indem er nämlich die Herausgabe der in das Vermögen des Erben gekommenen pecunia anordnet, giebt der Testator zu erkennen, daß dem Fideicommissar nicht weniger zu theil werden soll, als der in einer Geldsumme auszudrückende Werth der Nachlaßmasse im Augenblicke des Erbschaftserwerbes beträgt, soweit der Erbe überhaupt nach allgemeinen Grundsätzen belastet werden kann. [82]) Daraus folgt aber von selbst,

80) Dies nimmt Hoffmann a. a. O. S. 101 Anm. 1 an; nach ihm bezeichnet der erstere Ausdruck „den ganzen erhaltenen Vermögenswerth,“ der letztere „alles an Vermögenswerth Erhaltene.“

81) Diese Frage kann erst im Commentar zu Dig. XXXVI, 1. ad SC. Treb. behandelt werden. S. vorläufig hinsichtlich der stip. emptae venditae hereditatis l. 178 pr. und l. 97 D. de V. S. 50, 16: Cum stipulamur *„quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit“* res ipsas quae pervenerunt, non pretia earum spectare videmur. — Vgl. noch von Weitem l. 29 §. 2 D. de legat. III.

82) Auch Hoffmann a. a. O. S. 109 versteht die Verfügung des Testators richtig dahin, daß die Erbschaft „in

daß um wie viel die Erbschaftsmasse durch den, wenn auch unverschuldeten, Untergang von einzelnen Sachen in ihrem Gesammtwerthe mittlerweile vermindert ist, sie aus den inzwischen gezogenen Früchten vom Fiduciar ergänzt werden muß.

c. Ganz abgesehen von einer Mora des mit dem Vermächtniß Beschwerten und ohne Rücksicht auf die aus der Art der Verfügung hervorgehende Willensmeinung des Erblassers müssen in zwei Fällen kraft gesetzlicher Vorschrift Früchte und sonstiger von dem vermachten Gegenstande gezogener Gewinn geleistet werden.

So zunächst beim Vermächtniß zu frommen Zwecken.[83]) In der restituirten l. 45 §. 4 C. de episc. et cler. 1, 3 v. J. 531 hatte Justinian bestimmt, daß wenn der Beschwerte ein solches nicht rechtzeitig erfülle, nicht erst vom Zeitpunkte der Litiscontestation oder Mahnung, sondern schon vom Tode des Erblassers an Zinsen, Früchte und sonstiger Ertrag des Gegenstandes geleistet werden müssen, gleich als wenn die Mora schon kraft des Gesetzes einträte.[84]) Für die Erfüllung des Vermächtnisses ist aber in der Verordnung selbst (§. 1. l. 45 cit.) ein Termin vorgeschrieben. Ist nämlich im Testament der Bau einer Kirche oder eines Hospitals anbefohlen, so soll derselbe in längstens drei Jahren bezw. einem Jahre ausgeführt werden, während sonstige einmalige Leistungen und Gaben zu frommen

dem bestimmten an den Erben gelangten Werthbestande" restituirt werden solle.

83) S. darüber Mühlenbruch in dem Comment. Th. 42 S. 140 fg. und die dort Angeführten.

84) Nach §. 7 l. c. soll der Belastete, wenn er es auf die Klage ankommen läßt, das Doppelte zahlen müssen; hierüber s. Arndts in dem Comment. Th. 46 S. 76 fg, L. Seuffert, Archiv f. civil. Prax. Bd. 67. S. 363.

Zwecken sofort nach Eröffnung des Testamentes und Antritt der Erbschaft bezw. nach dem Erwerbe des dem Belasteten hinterlassenen Vermächtnisses gemacht werden sollen. Diese Bestimmung wurde in einer Beziehung durch Nov. 131 c. 12 abgeändert. Danach soll die Entrichtung der Vermächtnisse zu frommen Zwecken binnen sechs Monaten von der Insinuation des Testamentes erfolgen.

Ob nun hier eine sog. mora ex re anzunehmen sei oder nicht, ist im Grunde genommen eine müßige Frage,[85]) wenn man nur darüber einverstanden ist, daß sich die Haftung des Beschwerten auf Zinsen, Früchte und sonstige Accessionen beschränke und daß er nicht etwa auch für zufälligen Untergang der Sache einzustehen habe, was in der That auch niemand annimmt. Und selbst jene Haftung muß wegfallen, wenn die Nichtleistung innerhalb der gesetzten Frist durch die besonderen Umstände im einzelnen Falle entschuldigt oder gerechtfertigt wird.[86]) Denn es liegt auf der Hand, daß die Prästation von Früchten u. dgl. als Strafe der Säumigkeit für den Fall, daß der Belastete nicht freiwillig das Vermächtniß während des bestimmten Zeitraumes entrichtet, festgesetzt ist, wie sich schon daraus ergiebt, daß die Früchte alsdann nicht erst seit dem Ablauf

85) Dafür u. A. Mühlenbruch a. a. O. S. 142 und wie es scheint auch Brinz Pand. II. §. 244 (S. 119) Anm. 18; dagegen Mommsen Beiträge III. S. 128, Windscheid Pand. §. 278 Anm. 13.

86) Höchstens könnte es sich fragen, ob die vom Belasteten selbst bezogenen Früchte und Zinsen zu restituiren seien. Aber auch diese Frage muß verneint werden. Denn es wäre offenbar widersinnig, daß er dieselben behalten könnte, wenn er noch vor Ablauf der Frist das Vermächtniß entrichtet, sie aber herausgeben müßte, wenn sich die Leistung, ohne daß ihm ein Vorwurf gemacht werden kann, verzögert.

der Frist, sondern schon seit dem Tode des Erblassers geleistet werden sollen. Es muß demnach auch als selbstverständlich angesehen werden, daß nicht etwa zu Gunsten des Belasteten durch das Gesetz eine halbjährige Frist für die Entrichtung des Vermächtnisses angeordnet ist; woraus wiederum folgt, daß auch durch Mahnung vor Ablauf derselben der Belastete in Verzug gesetzt werden kann.

Eine andere nicht bloß auf Vermächtnißforderungen beschränkte und daher hier nur beiläufig zu erwähnende Bestimmung betrifft die Minderjährigen. Durch kaiserliche Constitutionen war bestimmt worden, daß Minderjährige auch ohne vorangehende Mahnung schon vom Augenblicke der Fälligkeit des Fideicommisses an Zinsen beanspruchen können, falls dem Belasteten nicht durch ein Hinderniß in der Person des Bedachten die Entrichtung des Fideicommisses einstweilen unmöglich gemacht war. Und dieser Grundsatz hat auch für die Legate Anerkennung gefunden.[87])

87) Ulp. l. 26 §. 1 D. de fid. lib. 40, 5 — decretum et a divo Severo constitutum est, in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa quae minoribus relicta sunt. S. oben S. 309. l. 3 C. in qu. caus. i. i. r. 2, 40. Diocl. et Max.: In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et in legato. Paul. l. 17 §. 3 D. de usur. 22, 1. Vgl. namentlich Mommsen Beiträge III. S. 120 fg. 319 fg.; auch Cujacius ad l. 87 §. 1 cit. in Recitt. ad tit. D. de legat. II. und ad l. 14. Resp. Pauli. Noodt de foenore l. III. c. 10. (Opera I. pr. 219). Dawider daß nicht Septimius Severus, wie in l. 26 §. 1 cit. berichtet wird, dies privilegium minorum eingeführt habe, kann man sich nicht mit Mommsen auf l. 17 §. 3 cit. berufen, wo auf Antoninus Pius Bezug genommen

Dieser auf dem favor aetatis beruhende Zinsanspruch besteht aber auch nur während Dauer der Minderjährigkeit, so daß die Verpflichtung zur Leistung der Zinsen nicht nach Eintritt der Großjährigkeit weiter fortbesteht, falls nicht der Schuldner durch Mahnung in eigentlichen Verzug gesetzt ist. Schon daraus ergiebt sich mit völliger Sicherheit, daß eine wahre mora ex re hier nicht angenommen werden kann. Der Unterschied wird in aller Schärfe in l. 87 §. 1 D. de legat. II. hervorgehoben.

Paulus l. 17 respons. — Usuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque puellae ex quo mora facta est deberi respondi. Quamvis enim constitutum sit, ut minoribus viginti quinque annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur.

Würde der Anspruch des Fideicommissars auf eine wirkliche Mora des Schuldners sich gründen, so müßten die einmal begründeten Verzugszinsen auch nach eingetrener Großjährigkeit weiter fortlaufen, während hier die bestehende Zinsverpflichtung erlöschen und eine neue erst ex quo mora facta est entstehen soll. [88])

wird. Es hindert nichts, hier eine bereits ergangene Interpellation vorauszusetzen.

88) Vgl. Mommsen a. a. O. Dernburg Pand. II. §. 41 Anm. 7. Dagegen wird von Windscheid Pand. II. §. 278 Nr. 3 eine wirkliche Mora mit allen ihren Folgen während der Minderjährigkeit angenommen, so daß danach der Schuldner auf das gesammte Interesse haften und die Gefahr des zufälligen Unterganges tragen müßte. Indessen l. 3 §. 2 D. de adim. leg. 34, 4, auf welche Windscheid seine Ansicht stützt, verschlägt nichts, wenn man sie mit l. 26 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1 zusammenhält; vgl. Arndts in dem Comment. Th. 46 S. 238 fg.

Die Quellen sprechen nur von Zinsen bei Geldfideicommissen und überhaupt Geldforderungen und es fragt sich: wird man mit Mommsen, der hier ein ganz singuläres und daher restrictiv zu interpretirendes Zinsprivilegium, welches den Minderjährigen verliehen sei, annimmt, dabei stehen bleiben oder dem Minderjährigen auch einen Anspruch auf Früchte überhaupt und sonstigen Zuwachs gewähren müssen? Suchen wir nach dem inneren Grunde des den Minderjährigen auf die Zinsen zuerkannten Anspruches, so scheint es, daß derselbe nicht allein auf dem allgemeinen favor aetatis beruht, sondern daß daneben sich zugleich der Gedanke geltend macht, der mit dem Vermächtniß Beschwerte, solle sich nicht die Zeit der Minderjährigkeit des Bedachten, d. h. die durch das unreife Alter desselben häufig veranlaßte Versäumniß der Einforderung des Vermächtnisses zu nutze machen und inzwischen den Vortheil davon beziehen. Er soll also die Entrichtung des Vermächtnisses nicht dadurch hinziehen, daß er erst eine Mahnung seitens des Bedachten abwartet, sondern unaufgefordert demselben die Leistung anbieten, mithin selbst das Interesse des Minderjährigen soweit wahrnehmen. Dies ist der Gesichtspunkt der Mora, einer dem Beschwerten zur Last fallenden Verzögerung, auf welche der Anspruch des Minderjährigen auf die Zinsen in den Quellen zurückgeführt wird. Ist hierin aber die ratio der Vorschrift zu finden, so werden wir sie nicht auf Geldfideicommisse beschränken können, sondern dem Minderjährigen auch Früchte und sonstigen Ertrag, den der Belastete von dem Vermächtnißgegenstande bezogen hat, zusprechen müssen. Freilich nicht auch fructus quos legatarius percipere potuit, da diese erweiterte

auch Mommsen S. 266 fg. Brinz Pand. II. §. 272 Anm. 39.

Haftung des Vermächtnißschuldners eine Mora im eigentlichen Sinne voraussetzen würde.

B. So ergiebig die Aussprüche der Quellen über den Anspruch des Vermächtnißnehmers auf die Früchte der vermachten Sache beim Fideicommiß und Damnationslegat sind, ebenso dürftig und unsicher erscheinen sie hinsichtlich des Vindicationslegates. Wenn man davon ausgeht, daß die vermachte Sache schon im Augenblicke des Erbschaftserwerbes in das Eigenthum des Legatars übergeht,[89]) so scheint die Folgerung ganz unabweislich, daß ihm alle Erzeugnisse derselben ohne Ausnahme von selbst zufallen und verbleiben. Diese Anschauung findet sich auch von hervorragenden Juristen der älteren und neueren Zeit vertreten.[90]) Und doch stellen sich gegen den Schluß vom Eigenthumsrecht an der Sache auf den Fruchterwerb gleich Bedenken ein, wenn man an das dem Nießbraucher und dem bonae fidei possessor zustehende Recht an den Früchten denkt. Es soll damit natürlich nicht gesagt sein, daß der belastete Erbe dieselbe Rechtsstellung einnehme, wie diese Personen,

89) Die Meinungsverschiedenheit der Sabinianer und Proculianer in betreff des Erwerbes des Vermächtnisses kommt hier nicht weiter in Betracht; vgl. l. 65 D. de furt. 47, 2 und Arndts in dem Comment. Th. 48 S. 313.

90) Zuerst hat Cujacius in dieser Hinsicht zwischen Damnations- und Vindicationslegat unterschieden, indem er bei letzterem dem Legatar alle Früchte seit dem Antritt der Erbschaft zuspricht. So in den Recitt. in l. 36 Dig. Juliani ad l. 91 §. ult. de legat. I; in l. XI. Resp. Modest. ad l. 42 D. de usur. 22, 1; in l. II. Resp. Ulpiani ad l. 120 §. 2 de legat. I; in tit. D. de legat. ad l. 39 §. 1. l. 120 §. 2 de legat. I. l. 38 eod. II.; Comm. in Codic. tit. VI. 47; Paratitla ad eund. tit.; de praescript. c. 18. Neuerdings ebenso vornehmlich Arndts a. a. O. S. 341 fg.

ja es mag dahingestellt bleiben, ob beide hinsichtlich des Fruchterwerbes auch nur passender Weise mit einander verglichen werden können. Aber könnte nicht auch ihm aus besonderen Gründen gegenüber dem Legatar als Eigenthümer ein, wenn auch nur zeitweiliges, Recht auf die Früchte zuerkannt sein? Hätte man nicht auch hier das Erzeugniß nicht als einen bloßen dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache folgenden Theil der letzteren, sondern als eine selbständige Sache auffassen können?

Doch lassen wir Erwägungen allgemeiner Natur einstweilen bei Seite liegen und fassen wir vielmehr die Quellen ins Auge. Da sind zuvörderst diejenigen Stellen auszuscheiden, auf welche man einen Anspruch des Legatars auf die Früchte sicher nicht gründen kann.

Daß die oben S. 441 erörterte l. 42 D. de usur. 22, 1 nicht hieher gehört, bedarf keines Beweises, da sie ja nicht von einem Vindicationslegat handelt. Fraglich kann es nur erscheinen, in welcher Weise diese Stelle für das Justinianische Recht zu verwerthen sei, und wir werden uns in dieser Hinsicht mit ihr noch später zu beschäftigen haben.

Ebenso wenig kann man sich auf l. 120 §. 2 D. de legat. I. berufen, welche Stelle vollständiger in Fragm. Vat. 44 lautet:

> Ulpianus lib. II. resp. — Respondit Aurelio Felici, fructus ex fundo per vindicationem pure relicto post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere, colonum autem cum herede ex conducto habere actionem.

Hier sind die Früchte nicht vom Erben, sondern vom Legatar, welcher nach Antritt der Erbschaft vom Grundstücke Besitz ergriffen hatte, perzipirt. Der Jurist will hier nur betonen, daß trotz der schon durch den Testator vorgenommenen Verpachtung des Grundstückes der Legatar den

Pächter vertreiben könne und letzterer sich an den Erben, wegen der ihm entgangenen Früchte halten müsse.[91])

Noch weniger beweiskräftig ist l. 32 §. 1 D. de legat. II.:[92])

> Modestinus l. IX. Regular. — Fundum ante condicionem completam ab herede non traditum, sed a legatario detentum heres vindicare cum fructibus poterit.

Wenn hier, was sich eigentlich auch von selbst versteht, ausgesprochen wird, daß der Erbe das vor Erfüllung der Bedingung in den Besitz des Legatars gekommene — nicht von ihm selbst übergebene — Grundstück mitsammt den Früchten vindiciren könne, so läßt sich daraus doch gewiß nicht mittelst argumentum a contrario entnehmen, daß beim unbedingt hinterlassenen Vermächtniß die vom Erben gewonnenen Früchte in das Eigenthum des Legatars fallen.

Bedenklicher erscheint die vielbesprochene Aeußerung in Pauli sent. III. 6 §. 46:

> Fructus, qui solo cohaerebant mortis testatoris tempore, ad legatarium pertinent, ante percepti ad heredem.

Diese Stelle wird von Cujacius ganz buchstäblich so verstanden, daß die zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht separirten Früchte — im Gegensatze zu den erst später entstandenen — als zu dem Grundstücke selbst ge-

91) So ist die Stelle auch seit den Glossatoren stets verstanden worden. Wenn jetzt Arndts a. a. O. S. 344 sie als Beweisstelle dafür anführt, daß die Früchte des verpachteten Grundstückes in das Eigenthum des Legatars fallen, so übersieht er dabei gerade die entscheidenden Worte „a legatario perceptos.“

92) Vgl. Arndts S. 342. Anm. 21.

hörig,[93]) dem Legatar zufallen.[94]) Während aber Cujacius[95]) darin einen von den römischen Juristen allgemein anerkannten und auch im Justinianischen Recht geltenden Grundsatz ausgesprochen findet, ist Göppert[96]) der Meinung, daß wir es hier nur mit einer vereinzelt dastehenden Ansicht des Paulus, die in das corpus iuris nicht aufgenommen sei, zu thun haben. „Als legirt gelte nach Paulus die Sache in dem Umfange, die sie zur Zeit des Todes des Erblassers besaß; daher auch solche Substanztheile, die damals vorhanden, sich später von ihr getrennt haben, und insbesondere auch die damals hängenden Früchte legato insunt;" während bei „einem gewöhnlichen Verkehrsgeschäft" die Gleichstellung von Früchten und gewöhnlichen Sachtheilen in dieser Beziehung von Paulus nicht festgehalten werde.

Wenn man nun aber die Stelle ohne vorgefaßte Meinung in ihrem ganzen Zusammenhange betrachtet, so wird die Annahme, daß Paulus hier überhaupt eine allgemeine Regel hinsichtlich der Früchte beim einfachen Vermächtniß

93) l. 44 D. de R. V. 6, 1. Fructus pendentes pars fundi videntur.

94) Die Stelle mit Mommsen Erörterungen I. S. 37. Anm. 20 bloß von den zur Zeit der Einforderung des Vermächtnisses noch nicht geernteten Früchten zu verstehen, geht offenbar nicht an, denn alsdann wäre doch der beschränkende Zusatz „mortis testatoris tempore" einfach sinnlos. Umgekehrt leitet Roßhirt Vermächtnisse I. S. 480 Anm. 2 S. 500 (dem Sintenis Civilrecht III. §. 213 Anm. 17 beistimmt) aus ihr die allgemeine Regel ab, daß dem Legatar alle seit dem Tode des Erblassers, wenn auch vor Antritt der Erbschaft gezogenen Früchte gebühren.

95) Vgl. Recit. in tit. de legat. I. ad l. 39 §. 1.

96) Organische Erzeugnisse S. 170 fg.

eines Grundstückes habe geben wollen, kaum aufrecht erhalten werden können. Schon daß er noch besonders hervorhebt, daß die vor dem Tode des Erblassers perzipirten Früchte dem Erben zufallen, müßte doch in hohem Grade befremdlich erscheinen. Wer sollte bei einem legatum fundi überhaupt auf den Gedanken verfallen können, daß die noch vom Testator selbst gezogenen Früchte in das Vermächtniß fielen? Und prüfen wir den ganzen Zusammenhang, in welchem unsere Stelle steht, so ergiebt sich zur Evidenz, daß sie unmöglich von einem gewöhnlichen Grundstücksvermächtniß handeln kann, wenn man nicht dem Juristen zumuthen will, daß er die verschiedenen Vermächtnißarten bunt durcheinander gewürfelt habe. [97])

In §. 35 bis §. 51 handelt Paulus ausschließlich vom Vermächtniß eines fundus cum instrumento und fundus instructus. Im §. 42. 43 werden die fructus percepti von demselben ausgeschlossen, falls sie nicht von dem Testator auf dem Grundstücke selbst verbraucht zu werden pflegten, bezw. zur Aussaat oder Unterhaltung des lebenden Gutsinventars bestimmt sind (Saat-, Futter- und Brotkorn). [98]) Im §. 45 wird von dem Vermächtniß eines

97) l. 22 D. de instr. leg. 33, 7 (= Paul. sent. III. 6 §. 45. 47.), in welcher unser Satz fehlt, beweist noch nicht die Meinung Göpperts, daß ihn die Compilatoren absichtlich als unanwendbar ausgeschlossen haben. Ebenso wenig läßt sich daraus schließen, daß der Epitomator des Paulus ihn an die unrichtige Stelle gesetzt habe, während er etwa bei §. 42 oder §. 43 einzureihen gewesen wäre.

98) Vgl. §. 35 ibid. — frumentum quoque ad sementem repositum. Ulpian. l. 12 pr. §. 30 de instr. leg. 33, 7, woraus hervorgeht, daß die Frage selbst streitig war. Vgl. auch das in l. 18 §. 9 D. eod. (aus desselben Paulus l. II. ad Vitellium) mitgetheilte Responsum von Scä-

„fundus uti optimus maximusque est,“ gehandelt und die Frage beantwortet, ob auch das Jagdgeräth darunter falle. Daran reiht sich unser §. 46, der die fragliche Regel in betreff der fructus aufstellt. Was liegt nun näher, als daß Paulus' Ausspruch hier sich auf einen gleichen Fall bezieht, in welchem die Frage nach dem Recht des Legatars auf die Früchte aufgeworfen werden konnte, also vielleicht gerade auf das Vermächtniß des fundus ita uti optimus maximusque est, oder ita uti est, uti instructus est, uti possedi u. dgl. m.? [99]) Hier sollen nun dem Legatar auch diejenigen Früchte zufallen, welche im Augenblicke des Todes des Erblassers noch stehend als pars fundi aufgefaßt werden müssen, während er auf die bereits geernteten und die später wachsenden keinen Anspruch erheben kann.

Uebrigens wird die ganze Stelle bei der Frage nach dem Recht an den Früchten beim Vindicationslegat schon deshalb außer Betracht bleiben müssen, weil sie auch auf ein Damnationslegat bezogen werden könnte.

Jeden Zweifel schließen die Quellen aus hinsichtlich des Erwerbes des vermachten Sklaven. So sicher es ist, daß aller Erwerb desselben in der Zeit bis zum Antritt der Erbschaft der hereditas iacens und so auch mittelbar dem Erben zufällt, [100]) ebenso gewiß erwirbt er nach Antritt der Erbschaft dem Legatar als seinem Eigenthümer,

vola mit §. 43 cit. — Des näheren ist darüber im Comment. zum Titel XXXIII, 7 zu handeln.

99) Würde doch auch heutzutage ein gleicher Zweifel aufstoßen, wenn der Erblasser das Grundstück „mitsammt allem was dazu gehört,“ oder „in dem Zustande, in welchem es sich bei seinem Tode befindet“, oder „wie es steht und liegt“ vermacht hatte.

100) Javol. l. 38 D. de legat. II. Quod servus legatus ante aditam hereditatem adquisiit, hereditati adquirit.

vorausgesetzt natürlich, daß das Vermächtniß nicht ausgeschlagen wird. Es genügt, die bekannte l. 86 §. 2 D. de legat. I. herzusetzen:

> Julianus l. 34 Digest. — Cum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est: nam si legatarius repulerit a se legatum, numquam eius fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intelligetur. Secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit aut stipulatus fuerit deque his quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur. [101])

101) Daß Julian hier statt „per traditionem" geschrieben hatte „mancipio", ist, wenn auch nicht ganz zweifellos, wie Arndts a. a. O. S. 294 Anm. 76 annimmt, so doch sehr wahrscheinlich. Unrichtig ist aber die weitere Bemerkung des Letzteren, daß der vermachte Sklave ohne Wissen und Willen des Herrn, wie keinen Besitz, so auch nicht Eigenthum durch Tradition erwerben konnte, — ein auf einem offenbaren Fehlschluß beruhender, freilich ziemlich allgemein ausgesprochener Satz, dessen Widerlegung hier jedoch zu weit führen würde. Nur das eine mag hervorgehoben werden, daß bei den „donata" doch wohl zunächst an tradirte Sachen gedacht werden muß. Ferner hat Arndts übersehen, daß nach seiner Auffassung die Stelle mit der Interpolation „per traditionem" auch für das Justinianische Recht etwas Unrichtiges sagen würde. — Bei dieser Gelegenheit mag auch der schon im Comment. Th. 48 S. 223 fg. erörterten l. 91 §. 6 D. de leg. I. nochmals Erwähnung geschehen. An dem Texte derselben scheint gar nichts geändert werden zu dürfen und die Auseinandersetzung in ihr ist gar nicht so auffallend, wenn man sie nur ganz unbefangen interpretirt. A hat dem X einen Sklaven vermacht und B letzterem ein Legat

Es ist hier nur der allgemeine Grundsatz, daß der Sklave seinem Herrn erwirbt, auf das Vindicationslegat angewendet. Dieser Grundsatz wird aber bekanntlich nicht strenge durchgeführt; er erleidet die sehr wesentliche Einschränkung, daß dem redlichen Besitzer und dem Nießbraucher des Sklaven der ex re sua aus operis servi gemachte Erwerb zufällt. Es wäre somit von Julian hier noch keinesweges ausgesprochen, daß in allen Fällen dem Legatar und nicht dem Erben durch den vermachten Sklaven erworben wird. Ja es möchte sogar eher angenommen werden können, daß Julian von jenen beiden Fällen des Sklavenerwerbes hier abgesehen hat. Jedenfalls würde es voreilig sein, aus dieser Stelle zu folgern, daß die Früchte der vermachten Sache allemal dem Legatar gehören.

Nachdem wir die nicht in Betracht kommenden Stellen ausgeschieden haben, handelt es sich nunmehr um zwei Quellenzeugnisse, von welchen das eine direkt für, das andere gegen das fragliche Recht des Vermächtnißnehmers auf die Früchte beim Vindicationslegat zu sprechen scheint.

ausgesetzt; B stirbt noch bei Lebzeiten des A. Damit ist das dem Sklaven hinterlassene Vermächtniß demselben angefallen. Nun stirbt A und Julian entscheidet: confestim id legatum hereditati adquiritur; d. h. mit dem früheren Anfall bei Lebzeiten des A ist sofort der Erwerb des Vermächtnisses für die nunmehrige Erbschaft entschieden, wann auch immer der Antritt der Erbschaft des B erfolgen mag. X hat keinen Anspruch darauf, obgleich ihm mit dem Tode des A noch vor dem Antritt der Erbschaft des B das Vermächtniß des Sklaven angefallen, ja er Eigenthümer des letzteren geworden war. Nicht anders würde es sich freilich verhalten, wenn B erst nach dem Tode des A vor Antritt der Erbschaft des letzteren verstorben wäre.

Wir beginnen mit der letzteren Stelle. Es ist l. 4 C. de usur. et fruct. leg. 6, 47:

Imp. Gordianus A. Dionysio. — In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem sive in personam agatur.

Es werden hier dem Vermächtnißnehmer die Früchte erst von der Litiscontestation, nicht vom Tode des Erblassers an zugesprochen bei Legaten sowohl wie bei Fideicommissen, und zwar ohne Unterschied, ob das Vermächtniß mit dinglicher oder persönlicher Klage geltend gemacht wird. Angenommen, daß die Stelle frei von jeder Interpolation ist, würde das Reskript Gordians eine direkte Entscheidung auch für das Vindicationslegat enthalten. Das Reskript wiederholt nun zunächst bloß den feststehenden Rechtssatz, daß der Vermächtnißnehmer weder mit der rei vindicatio noch mit der actio ex testamento, also beim Vindicationslegat ebenso wenig wie beim Damnationslegat, noch auch mit der petitio fideicommissi die Früchte des vermachten Gegenstandes seit dem Ableben des Erblassers beanspruchen könne. Das wäre überflüssig gewesen hervorzuheben, wenn sich die Anfrage nicht gerade auf diesen Punkt bezogen hätte. Dem gegenüber wird nachdrücklich erklärt, daß die Früchte immer erst seit der Litiscontestation dem Vermächtnißnehmer gebühren. Daß der Kaiser dabei nicht noch besonders der Mora Erwähnung thut, erklärt sich einfach daraus, daß dieselbe im vorliegenden Falle gar nicht in Frage kam. Wir haben es ja mit einem Reskript zu thun, welches nicht den Anspruch des Vermächtnißnehmers auf die Früchte überhaupt durch Aufstellung einer allgemeinen Regel normiren wollte. So wird denn auch in l. 1 C. eod. (S. 430) der Anspruch des Vermächtnißnehmers auf die Zinsen und Früchte an den Zeitpunkt der Litiscontestation geknüpft, ohne daß damit etwa der Einfluß der Mora auf

die Fruchtpräſtation in Abrede geſtellt werden ſollte, ganz abgeſehen davon, daß Mora und jener Zeitpunkt häufig zuſammenfallen.[102])

Wenn nun der Anſpruch auf die Früchte ex die mortis verworfen und post litis contestationem anerkannt wird und in dieſer Beziehung dingliche und perſönliche Klage (Vindications- und Damnationslegat) gleichgeſtellt werden, ſo könnte man fragen, ob daraus ein Schluß zu ziehen ſei für den Zeitpunkt des Antrittes der Erbſchaft und damit des Erwerbes des Vermächtniſſes, alſo auch des Eigenthumes der per vindicationem legirten Sache. Ueber dieſen Zeitpunkt ſchweigt das Reſkript. Seine Entſcheidung enthält allerdings noch nicht den Ausſpruch, daß es auf jenen Zeitpunkt in betreff der Früchte überhaupt nicht ankomme und daß auch in dieſer Beziehung zwiſchen dinglicher und perſönlicher Klage kein Unterſchied ſtattfinde. Es wäre demnach immerhin möglich, daß bei der dinglichen Klage, alſo beim Vindicationslegat, doch ex die aditae hereditatis die Früchte dem Vermächtnißnehmer zufielen. Indeſſen dieſe gewiß gekünſtelte Auslegung[103]) ſcheint die

102) Darüber herrſcht auch glücklicherweiſe ſeit der Gloſſe allgemeines Einverſtändniß; vgl. Brügger a. a. O. S. 9.

103) So interpretirt im Weſentlichen Arndts a. a. O. S. 350 fg. Der in dem Reſkript aufgeſtellte Satz beſteht nach ihm „aus einer Poſition und einer Negation.“ „Die Negation iſt: non ex die mortis fructus sequuntur. Auch das iſt ein allgemein richtiger Satz. . . Vielleicht war es in dem Falle, der Kaiſer Gordian vorlag, gerade dieſe Frage, auf deren Entſcheidung es weſentlich abgeſehen war, indem ein Vermächtnißnehmer glaubte, daß ihm alle ſeit des Erblaſſers Tode entfallenden Früchte als Acceſſionen der vermachten Sache gebühren, und ſo war es vielleicht gerade die Negative in

thatsächlichen Voraussetzungen und den Zweck des vorliegenden Reskriptes vollständig zu verkennen.

Vergegenwärtigen wir uns nur die Sachlage. Der Vermächtnißnehmer hat gegen den Erben Klage erhoben; nun entsteht ein Zweifel in betreff der Früchte des vermachten Grundstückes; es ergeht eine Anfrage an den Kaiser und dieser reskribirt, wie wir gesehen. Ist es nun wohl anzunehmen, daß der Kaiser über den Umstand, ob der Zeitpunkt der Erbschaftsantretung, also des Erwerbes des vermachten Rechtes hinsichtlich der Fruchtpräſtation in Betracht komme, sich vollständig ausgeschwiegen hätte, wenn schon von diesem Zeitpunkte an nach seiner Auffassung bei Erhebung der dinglichen Klage, also beim Vindicationslegat der Vermächtnißnehmer die Früchte hätte beanspruchen können? Das Reskript würde ja durch dieses Schweigen über ein für die Präſtation der Früchte erhebliches Moment den Richter leicht zu einer falschen Entscheidung in dem vorliegenden Prozesse verleitet haben. Denn wie, wenn der Erbe wenige Tage nach dem Tode des Testators die Erbschaft angetreten, der Legatar aber die Klage aus dem Vermächtniß erst nach einem Jahre anhängig gemacht hätte? Jedenfalls würde das Reskript selbst wieder eine Ungewißheit hervorgerufen und einen gewissenhaften Richter genöthigt haben, aufs Neue eine Anfrage an den Kaiser zu richten. So würde denn durch unsere l. 4 — vorausgesetzt daß der Schlußsatz nicht interpolirt ist — der Beweis erbracht werden, daß, wenigstens zu Gordians Zeit, auch beim Vindicationslegat, abgesehen von der Mora

dem Reskript, worauf der Ton gelegt wurde." Die wörtliche Anführung dieser Deduktion überhebt mich des Beweises ihrer Willkürlichkeit. Vgl. auch Dernburg Pand. III. §. 109 Anm. 4.

des Belasteten, Früchte erst seit der Litiscontestation beansprucht werden können.[104])

Große Schwierigkeit bereitet nun aber l. 40 D. de A. R. D. 41, 1, welche unserer Auffassung der vorigen Stelle direkt zu widersprechen scheint.[105]) Africanus geht hier von der Frage aus, ob der Erbe, welcher die Freiheit des seinem Erblasser bona fide als Sklaven dienenden Menschen kennt, durch ihn erwerben könne. Diese Frage wird verneint, indem er sich darauf beruft, daß nach Julian der Erbe hier nicht als bonae fidei possessor des Menschen angesehen werden könne, derjenige aber, der mala fide den Besitz einer Sache erlangt, nicht die Früchte erwerbe und dem Fruchterwerbe des Besitzers der Erwerb per servum ex opera et ex re ipsius in seinen Voraussetzungen grundsätzlich gleich behandelt werden müsse. Dabei findet sich nun folgende auf das Vermächtniß bezügliche Ausführung:

si fundum suum quis legaverit, heres qui eum legatum esse sciat, procul dubio fructus ex eo suos non faciet: et multo magis si testator eum alienum bona fide emptum possedit. Et circa servorum igitur operam ac ministerium eandem rationem sequendam, ut sive proprii sive alieni vel legati vel manumissi

104) An die in rem missio, wie Ramos del Manzano prael. ad tit. de legat. P. I. §. 29 (Meerm. thes. VII. p. 279) will, ist in unserer Stelle schon deshalb nicht zu denken, weil in ihr zugleich von legata die Rede ist.

105) Vgl. zu dieser Stelle Cujacius in tractat. VII. ad Afric. Brügger a. a. O. S. 33 fg. Gelegentlich handeln von ihr, aber in einem anderen Zusammenhange, Pernice Labeo II. S. 173, Czyhlarz in dem Comment. Serie 41 und 42. Th. 1. S. 545 fg. Dagegen hat sich Arndts diese für seine Ansicht sprechende Stelle ganz entgehen lassen.

testamento fuerint, nihil per eos heredibus, qui modo eorum id non ignorarent, adquiratur.

Also zunächst der Erbe, welcher Kenntniß von dem Vermächtnisse hat, habe zweifellos die Früchte nicht erworben: weil er wissentlich von einer fremden Sache Besitz ergriffen hat, ihm also die zum Fruchterwerbe erforderliche bona fides fehlt. Dasselbe soll in noch höherem Grade gelten, wenn die vermachte Sache nicht im Eigenthum, sondern nur im redlichen Besitze des Testators sich befand.[106]) Da gerathen wir nun freilich gleich in ein bedenkliches Dilemma. Nämlich weder der Erbe noch der Legatar könnte dann die Früchte erwerben. Letzterer nicht, weil ihm die Sache nicht gehört; ersterer nicht, da er nicht bonae fidei possessor ist. Also würde der dritte Eigenthümer die Herausgabe der Früchte beanspruchen können. Das ist gewiß ein höchst befremdliches Ergebniß. Dem Erben würde die Frucht nicht zufallen, obwohl er die Sache für eine dem Testator gehörige hält, also sich hinsichtlich des Eigenthumes desselben und dem Dritten gegenüber in bona fide befindet; und deshalb würde er die Früchte nicht erwerben, weil er der irrigen, und zwar gerade auf jene bona fides gegründeten Meinung ist, daß das Eigenthum durch die letztwillige Zuwendung auf den Legatar übergegangen sei. Der Umstand, daß die Sache vermacht ist,

106) Gewöhnlich versteht man den Satz „et multo magis — possedit" von einem nicht vermachten Grundstück, indem man beim heres in Gedanken ergänzt: qui eum alienum esse sciat. (So u. A. Cujacius l. c., Giphanius ad l. 40 cit. in lect. Altorph. p. 365 sqq.) Indessen diese Auslegung wird durch den Zusammenhang und insbesondere auch durch den folgenden Satz ausgeschlossen. So wie oben versteht den fraglichen Satz auch Czyhlarz a. a. O.

würde hinsichtlich des Fruchterwerbes dem Dritten zum Vortheil gereichen. Ja man könnte sogar vom Standpunkt des Africanus aus die Frage aufwerfen, ob hier eine Fortsetzung der vom Erblasser begonnenen Ersitzung durch den Erben möglich sei, während der Legatar, wenn er in den Besitz der Sache gelangt wäre, sich gewiß in der Lage befände, die Sache zu ersitzen. Beachten wir nun aber, daß das Vindicationslegat der fremden Sache als solches unwirksam ist, so wird sich die Auffassung, daß auch hier substantiam potius quam opinionem sequendam, sowohl was den Fruchterwerb als was die Ersitzung anbetrifft, wohl rechtfertigen lassen.[107])

Derselbe Grundsatz wird vom Juristen angewendet auf den durch die Arbeitsthätigkeit hervorgebrachten oder aus dem Vermögen des Erben stammenden Erwerb des vermachten und des im Testament freigelassenen Sklaven. Also auch dieser fällt dem Erben nur dann zu, wenn er von dem Vermächtniß bezw. der Freilassung keine Kenntniß hatte; und zwar auch hier ohne Unterschied zwischen eigenen und fremden Sklaven, die der Erblasser bona fide besaß. So würde dann die ungiltige, vom Erben aber für gültig gehaltene Freilassung des homo bona fide serviens ersterem allen Erwerb durch den Sklaven unmöglich machen.[108])

Bleiben wir bei dem uns allein interessirenden Falle des gültigen Vindicationslegates einer eigenen Sache des

107) Vgl. l. 2 §. 2 D. pro empt. 41, 4.

108) Der Satz: „vel legati vel manumissi fuerint“ muß ebenso auf die servi alieni (a testatore bona fide possessi), wie auf die proprii bezogen werden; nur auf die letzteren bezieht ihn Cujacius l. c. und wie es scheint auch Th. Mommsen, welcher in seiner Ausgabe emendirt „sive alieni sive proprii.“

Erblassers stehen, so wird wie es scheint in l. 40 cit. hinsichtlich des Fruchterwerbes nur eine einfache Consequenz der sabinianischen Auffassung des Vermächtnißerwerbes aufgestellt. Da der Legatar mit Antritt der Erbschaft Eigenthümer der vermachten Sache wird, so müssen ihm auch die Früchte derselben zufallen, es sei denn, daß sie der Erbe als bonae fidei possessor nach den sonst geltenden Grundsätzen erwirbt. Bona fides wird aber dann nicht angenommen, wenn er Kenntniß vom Vermächtniß hat.[109])

109) Zweifelhaft bleibt es, wie sich hiezu die proculianische Schule stellen mochte. Da nach ihrer Auffassung die vermachte Sache bis zur Erklärung des Legatars über die Annahme des Vermächtnisses interim nullius est, so würde der Erbe inzwischen auch alle Früchte haben erwerben können. Und selbst der Umstand, daß nach Agnition des Legates die Sache als dem Legatar von Antritt der Erbschaft an gehörig behandelt wurde, hätte den Erben an sich noch nicht zur Herausgabe der Früchte verpflichtet, ohne Rücksicht auf seine Kenntniß vom Vermächtniß. Denn da der Legatar einstweilen doch noch nicht Eigenthümer der vermachten Sache war, konnte man den Erben als rechtmäßigen und redlichen Besitzer ansehen. Möglich aber auch, daß man die bona fides mit der Kenntniß des Vermächtnisses nicht vereinbar fand, da der Erbe hier doch wissen muß, daß mit der Annahme des Vermächtnisses das Eigenthum der Sache recta via vom Erblasser auf den Legatar übergehen würde. Vgl. Ihering in seinen Jahrb. f. Dogmatik. X. S. 478. Arndts a. a. O. S. 343. — Uebrigens muß ich mich in betreff der Frage nach dem Fruchterwerb des bon. fidei possessor den Ausführungen Czyhlarz a. a. O. §. 1732 fg. anschließen, nach welchen zur Zeit der Pandektenjuristen der Besitzer die Früchte dauernd erwarb und die Restitutionspflicht in betreff des fructus extantes erst dem nachklassischen Recht angehört; vgl. Dernburg Pand. (2. Aufl.) I. §. 205. Nr. 5.

Auch bezieht sich der Erwerb immer nur auf denjenigen Ertrag der Sache, der unter den Begriff der fructus fällt, so daß auf den partus ancillae legatae der Erbe trotz seiner bona fides keinen Anspruch erheben könnte.

Indessen bei alledem bleibt es doch noch fraglich, ob in l. 40 cit. in der That der allgemeine Grundsatz ausgesprochen ist, daß beim Vindicationslegat die Früchte der vermachten Sache regelmäßig dem Legatar und nur ausnahmsweise dem Erben, nämlich wenn er von dem Vermächtniß nichts weiß, zufallen. Mit Recht hat man an ihr von jeher Anstoß genommen,[110]) doch beziehen sich diese Bedenken auf ihre Stellung in der Justinianischen Compilation, worauf wir gleich nachher kommen werden. Hier handelt es sich nur darum, ob die von African berichtete Entscheidung Julians ein ganz sicheres Zeugniß für die Geltung jenes Grundsatzes im klassischen Recht gewähre. Denn eines solchen Zeugnisses bedürfen wir, da er, wie wir später sehen werden, nicht schon aus allgemeinen Rechtsprinzipien von selbst folgt.

Beachten wir vor Allem, daß es sich in unserer l. 40 in erster Reihe um die Frage handelt, ob der Erbe, welcher die Erbschaft, in der sich eine liber homo bona fide serviens befindet, in Kenntniß der Freiheit dieses Menschen antritt, durch ihn erwerben könne. Nur gelegentlich wird der Fruchterwerb des Erben von der vermachten Sache und der Erwerb durch den vermachten Sklaven herangezogen, und von dem einen Falle auf den anderen geschlossen. Sollen nun aber beide Fälle in zutreffender Weise in Parallele gestellt werden, so müssen offenbar auch die Voraussetzungen, unter denen hier wie dort der Erwerb des Erben ausgeschlossen ist, übereinstimmen. Vorausgesetzt ist

110) Vgl. unten Abschn. III. Nr. 3.

aber in dem in Frage gestellten Falle, daß der Erbe „sciens liberum possidere coeperit,“ also daß er den Besitz mala fide begonnen hat. Dasselbe muß daher auch in dem Falle des Vermächtnisses angenommen werden. Also der Erbe mußte schon im Augenblicke des Besitzerwerbes (Erbschaftsantrittes) wissen, daß das Grundstück per vindicationem vermacht sei und so dem Legatar gehöre.[111]) Hätte er erst, nachdem er als Erbe von dem vermachten Grundstücke Besitz ergriffen hatte, von dem Vermächtniß erfahren, so würde gerade nach desselben Juristen Meinung dem Fruchterwerbe vorläufig nichts entgegengestanden haben.[112])

Sodann darf man nicht übersehen, daß der bona fide serviens von seiner Freiheit nichts weiß, und ferner daß der Erbe arglistigerweise von diesem Nichtwissen Gebrauch macht, um auf Kosten desselben sich einen ungerechtfertigten Erwerb zu verschaffen. Soll nun die Parallele zwischen diesem Falle und dem des Vermächtnisses eine vollständige sein, so müssen wir auch hier dieselbe Voraussetzung zu Grunde legen.[113]) Also der Erbe benutzt die Unkenntniß des Legatars vom Vermächtniß, um denselben um den Ertrag des Vermächtnißgegenstandes zu bringen. Darin steckt seine eigentliche mala fides. Wenn er nun hier die Früchte nicht erwirbt, so wird man daraus noch nicht mit Sicherheit folgern können, daß beim Vindicationslegat der Frucht-

111) So auch Czyhlarz a. a. O. S. 546. Pernice a. a. O.

112) Julian. l. 25 §. 2 D. de usur. 22, 1.

113) Das ist richtig von Brügger a. a. O. S. 33 fg. hervorgehoben. Vgl. auch Schulting notae ad Digesta in l. 40 D. de A. R. D. 41, 1: „Forte hic heres possidet rem ut suam et legatum vult intervertere.“.

erwerb des Erben überhaupt ausgeschlossen sei, sofern der Erbe von dem Vermächtniß Kenntniß hat.

II. Jedoch es muß zugegeben werden, daß es im klassischen Recht zweifelhaft bleibt, ob dem das Vermächtniß kennenden Erben beim Vindicationslegat der Ertrag der Sache überhaupt zufalle. Ganz anders steht es im Justinianischen Recht. Verschiedene Vermächtnißarten giebt es in diesem bekanntlich nicht mehr und wenn uns auch in der Compilation noch legata und fideicommissa und verschiedene Formen der Errichtung der ersteren begegnen, so dürfen wir nicht übersehen, daß an dieselben nicht verschiedene Rechtswirkungen geknüpft werden. Vielmehr ist jetzt einzig die Unterscheidung zwischen dem Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen und einer fremden Sache von Bedeutung, indem ersteres allemal mit dinglicher Klage geltend gemacht werden kann. Daß nun beim Vermächtniß einer fremden (dem Erben oder einem Dritten gehörigen Sache) hinsichtlich der Prästation der Früchte im Justinianischen Recht dieselben Grundsätze platzgreifen, die wir im klassischen Recht bei dem Damnationslegat und beim Fideicommiß angetroffen haben, darüber kann füglich kein Zweifel obwalten und besteht auch kein Streit. Die Frage ist nur die, ob beim Vermächtniß einer Erbschaftssache der Legatar auf die Früchte und von welchem Zeitpunkte an er auf dieselben Anspruch habe.

Ehe wir hierauf näher eingehen, ist zunächst noch eine Vorfrage zu erledigen, über welche die Vertreter der Meinung, daß dem Legatar die Früchte zufallen, sich nicht ganz klar geworden zu sein scheinen. Der Anspruch des Vermächtnißnehmers auf die Früchte, kann natürlich nur darauf gegründet werden, daß das Eigenthum der vermachten Sache mit dem Antritt der Erbschaft direkt vom Erblasser auf ihn übergeht. Nun kann der Vermächtnißnehmer aber

doch nach seinem Belieben mit der dinglichen oder mit der persönlichen Klage den Vermächtnißanspruch geltend machen. Sollen ihm mithin die Früchte der vermachten Sache stets gebühren, oder nur dann, wenn er dieselbe vindicirt? Manche beschränken den Anspruch des Vermächtnißnehmers hinsichtlich der Früchte auf diesen letzteren Fall, so daß dieselben hier als causa rei in Betracht kämen.[114]) Indessen wenn man einmal den fraglichen Fruchterwerb des Legatars als selbstverständliche Folge des Eigenthumsüberganges behandelt, so wird man doch wohl den Anspruch auf die Früchte nicht auf die Klagform sondern auf das materielle Recht des Vermächtnißnehmers an der Sache gründen müssen. Die Auffassung, daß dem Vermächtnißnehmer die Früchte zufallen, wenn er mit der rei vindicatio gegen den Erben auftritt, daß er sie aber dann nicht beanspruchen könne, wenn er mit der persönlichen Klage das Vermächtniß realisirt, darf als eine ebenso inconsequente wie formalistische

114) Unklar bleibt die Auffassung Arndts' a. a. O.; dagegen unterscheidet er in seinem Lehrb. d. Pand. §. 558. zwischen persönlicher und dinglicher Klage und erklärt §. 569 Nr. 1, daß der Legatar als Vindicant vom dies veniens an Anspruch auf die Früchte habe. (Vgl. Civilist. Schriften II. S. 466). Wesentlich übereinstimmend Seuffert Pand. 4. Aufl. §. 616. Anm. 5. Am schärfsten drückt sich Sintenis prakt. Civilr. I. §. 213 Nr. II. §. 214 sub A. Anm. 8 aus: Wenn der Legatar mit dinglicher Klage das Vermächtniß geltend macht, könne die Sache „in Gemäßheit der allgemeinen Regeln von der Vindication sammt den Früchten von der Zeit des Ablebens des Testators an“ in Anspruch genommen werden; dagegen wenn der Legatar das Vermächtniß mit persönlicher Klage einfordert (also auch wo es sich um eine Erbschaftssache handelt), „braucht der Belastete die Früchte erst von da an zu entrichten, wo er in Verzug gerathen ist.“

bezeichnet werden. Und zwar könnte es bei der persönlichen Klage auch nicht darauf ankommen, ob der Vermächtnißnehmer zugleich mit der Hauptsache die Früchte einfordert, oder ob er die Klage zuerst auf die vermachte Sache selbst richtet.

Auch im letzteren Falle müßte er seinen Anspruch auf die Früchte noch immer mit actio ex testamento, wie mit rei vindicatio geltend machen können. Denn wird er einmal als Eigenthümer nicht allein der vermachten Sache selber, sondern auch ihrer Früchte angesehen, so müßte ihm auch hinsichtlich der letzteren die Wahl zwischen actio in personam und actio in rem offen stehen. Wenn man mithin der Meinung ist, daß der Legatar die Früchte der vermachten Sache als Eigenthümer derselben erwerbe, so wird es, — da der Uebergang des Eigenthumes der vermachten Sache nicht von der Art und Weise der Geltendmachung des Vermächtnisses, sondern von dem Umstande, daß die vermachte Sache eine Erbschaftssache ist, abhängt[115]) — auch keinen Unterschied machen können, ob mit der actio in personam oder der vindicatio geklagt wird.

Wenn wir nun das gesammte Quellenmaterial, in welchem von den Früchten des Vermächtnißgegenstandes gehandelt wird, noch einmal vom Standpunkte des justinianischen Rechts überblicken, so giebt es nur eine einzige Stelle, die den Fruchterwerb des Erben, vorausgesetzt daß er das Vermächtniß kennt, in Abrede stellt, ohne aber die Früchte positiv dem Legatar zuzusprechen. Es ist die bereits erörterte l. 40 D. de A. R. D. 41, 1. Schwerlich wird aber dieser Stelle erhebliches Gewicht beigelegt werden können und jedenfalls darf sie nicht als die für das Justinianische Recht allein entscheidende angesehen werden,

115) Vgl. oben S. 49 fg.

da sie, abgesehen von dem früher Bemerkten, das Vermächtniß nur gelegentlich in einem ganz anderen Zusammenhange erwähnt.

Alle übrigen Stellen, auf die man sich zum Beweise des Satzes, daß dem Legatar die Früchte der vermachten zufallen, beruft, verschlagen nichts. Die l. 120 §. 2 D. de leg. I. bezieht sich, wie wir S. 480 gesehen, auf Früchte, die der Legatar selbst von der schon in seinem Besitze befindlichen Sache gezogen hat, und gestattet sogar eher ein arg. a contrario hinsichtlich der vom Erben gezogenen Früchte. Auch in l. 42 D. de usur. 22,1 (S. 441)[116]) kann von derselben Voraussetzung ausgegangen werden; aber diese Stelle kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil ja nichts entgegensteht, sie auf das Vermächtniß eines dem Erben gehörigen und dem Vermächtnißnehmer mit den stehenden Früchten bereits tradirten Grundstückes zu beziehen. Aus l. 32 §. 1 D. de leg. II. (S. 481) könnte auch nur entnommen werden, daß der Erbe die nach Eintritt der Bedingung vom Legatar gezogenen Früchte nicht abfordern könne. Wenn ferner Javolenus in l. 38 eod. sagt: Quod servus legatus ante aditam hereditatem adquisiit, hereditati adquirit, so ist darin allerdings zugleich enthalten, daß der Sklavenerwerb nach Antritt der Erbschaft dem Legatar zufällt, vorausgesetzt daß er das Vermächtniß nicht ausschlägt, wie dies auch geradezu l. 86 §. 2 eod. I. (S. 485) ausspricht. Jedoch hier handelt es sich eben nur um den Sklavenerwerb, welcher nach allgemeinen Grundsätzen an den Herrn fällt, der, wie es sich erst später ergiebt, vom Antritt der Erbschaft an der Legatar ist. Es wäre aber offenbar unvorsichtig, vom Skla-

116) Auf diese Stelle vornehmlich stützt Arndts a. a. O. S. 346 seine abweichende Meinung hinsichtlich des justinianischen Rechtes.

venerwerbe überhaupt auf die Früchte zu schließen, da doch nur der ex re des Besitzers und ex operis servi gemachte Erwerb — strenge genommen sogar nur der letztere — den fructus rechtlich gleichgestellt wird, und daß dieser Erwerb dem Legatar zufalle, sagen auch beide Stellen nicht.

Wir sehen, mit dem Quellenbeweis für den Anspruch des Legatars auf die Früchte von dem Zeitpunkt des Vermächtnißerwerbes an ist es übel bestellt. Mit größter Bestimmtheit dagegen erklären sämmtliche überhaupt in Betracht kommende Stellen der justinianischen Compilation, daß dem Vermächtnißnehmer die Früchte nur von dem Augenblicke der Litiscontestation an, oder sobald der Belastete in Verzug gerathen ist, gebühren. Entscheidend ist vor Allem der Tit. Cod. VI, 47, welcher de fructibus legatorum vel fideicommissorum gerade ex professo handelt und hier wieder namentlich die l. 4 (S. 487), die sich zu Gunsten der entgegengesetzten Ansicht nicht beugen und wegdeuteln läßt.[117]) Es wird keiner weiteren Ausführung bedürfen, daß es in hohem Grade willkürlich ist, die hier und in den angeführten Digestenstellen — welche in ihrem ursprünglichen Zusammenhange freilich vom Damnationslegat und Fideicommiß handelten — enthaltenen Entscheidungen immer auf das Vermächtniß einer nicht zur Erbschaft gehörigen Sache zu beschränken.[118]) Ja es erscheint dies als durchaus unzulässig. Denn wenn nach neuestem Rechte beim Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen Sache die Früchte dem Legatar vom Erbschaftsantritt zufallen sollten und die Compilatoren dennoch einzig solche Stellen aufge-

117) Dürfte man annehmen, daß in dieser Stelle der Satz „sive in rem sive in personam agatur“ interpolirt ist, so würde ihre Beweiskraft für das justinianische Recht natürlich noch erhöht werden.

118) Vgl. Brügger S. 20 fg.

nommen hätten, welche so bestimmt als möglich erklären, daß Früchte nur infolge der Mora des Belasteten und seit der Litiscontestation zu prästiren sind, ohne auch nur mit einem Worte anzudeuten, daß es sich beim Vermächtniß von Erbschaftssachen anders verhalte, — so wäre dies ein Verfahren, welches nur unter der Voraussetzung begreiflich erschiene, daß es gerade ihre Absicht war, juristische Räthsel aufzugeben oder Unklarheit über die Rechtssätze in betreff des Anspruches des Legatars auf die Früchte zu verbreiten. Eine solche Absicht läßt sich aber doch bei ihnen ebenso wenig wie völlige Gedankenlosigkeit voraussetzen.

Dazu kommt noch, daß das Vermächtniß einer eigenen Sache doch der häufigste, ja regelmäßige Fall des Spezies-vermächtniß ist, von dem wir auch bei der Interpretation der Quellen ausgehen müssen. Nur von einem solchen kann auch l. 39 §. 1 D. de legat. I. (S. 433) verstanden werden. Einzig l. 26 eod. III. könnte ungezwungen auf das Vermächtniß einer fremden Sache beschränkt werden. Ein solches aber auch in l. 91 §. 7 D. de legat. I. l. 3 pr. l. 8. l. 39 D. de usur. 22, 1 vorauszusetzen, hieße uns Interpretationskunststücke zumuthen. Ist dies nun ausgeschlossen, so bliebe nur übrig, hinsichtlich des Anspruches des Legatars auf die Früchte nicht zwischen dem Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen und einer fremden Sache, sondern vielmehr zwischen dinglicher und persönlicher Klage zu unterscheiden, so daß auch beim Vermächtniß einer Erbschaftssache dem Legatar nur bei Anstellung der Vindication die Früchte seit dem Erbschaftsantritt, wenn er dagegen das Vermächtniß mit persönlicher Klage geltend macht, vom Zeitpunkt der Mora bezw. der Klageerhebung prästirt werden müssen. Daß diese Auffassung aber unzulässig ist, haben wir bereits früher gesehen.

Das gewonnene Ergebniß, daß Mora und Litiscon-

testation diejenigen Voraussetzungen und Zeitpunkte sind, an welche der Anspruch des Legatars auf die Früchte der vermachten Sache grundsätzlich bei allen Vermächtnissen im neuesten römischen Recht geknüpft wird, findet noch eine erhebliche Unterstützung durch die singuläre Bestimmung Justinians in der freilich restituirten l. 45 §. 4 C. de episcop. 1, 3. hinsichtlich der Vermächtnisse zu frommen Zwecken. (S. 474). Indem hier dem mit der Entrichtung des Vermächtnisses säumigen Erben die Herausgabe der Früchte seit dem Tode des Erblassers als besondere Strafe auferlegt wird, erklärt dies Justinian noch näher dahin, daß hier nicht, wie sonst, die Mora erst mit der Litiscontestation oder Mahnung beginnen, sondern ipso iure eintreten und so die Fruchtpräſtation begründen soll. Deutlicher kann es kaum ausgesprochen werden, daß zur Zeit des Erlasses der Verordnung der Legatar nur im Falle der Mora des Belasteten die Früchte verlangen konnte; denn unmöglich konnte sich Justinian so ausdrücken, wenn schon mit dem Antritt der Erbschaft der Anspruch des Legatars auf die Früchte begründet gewesen wäre. Und dabei ist zu beachten, daß diese Verordnung über ein Jahr nach dem Erlaß von l. 1 C. comm. de leg. 6, 43 ergangen ist.[119])

119) Dagegen gewährt keinen Beweis, wie Brügger S. 26 annimmt, daß beim fideicommissum tacitum auch die Früchte dem Fiskus herausgegeben werden müssen nach l. 18 pr. D. de his qu. ut indign. 34, 9. Es handelt sich hier um ein fideicommissum hereditatis und der Erbe, dem die Erbschaft wegen Indignität entrissen wird, wird hier als malae fidei possessor sive praedo angesehen, (l. 46 D. de H. P. 5, 3.) Vgl. Cujacius ad l. 18 cit. in l. 15 respons. Papin. Noodt de usur. II. c. 12 (Opp. I. p. 197.)

Doch es sind auch nicht sowohl die Quellen, auf welche sich die entgegengesetzte Meinung stützt, als vielmehr sog. innere oder allgemeine Gründe, aus denen das Recht des Vermächtnißnehmers auf die Früchte von selbst folgen soll.[120]) Der Legatar — so argumentirt man — ist unbestreitbar Eigenthümer der vermachten Nachlaßsache durch den Erbschaftsantritt geworden; das Eigenthum der Hauptsache erstreckt sich aber nothwendig auf die Früchte wie überhaupt die Erzeugnisse der Sache: also müssen ihm auch die seit der Antretung der Erbschaft gezogenen Früchte als accessio rei herausgegeben werden und der Erbe lucrirt nur, wenn er selbst bonae fidei possessor ist, also vornehmlich wenn er von dem Vermächtniß keine Kenntniß hatte, die von ihm bereits consumirten Früchte. Wenn dies in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, so liegt die Erklärung hiefür darin, daß es sich hier nur um selbstverständliche Consequenzen aus feststehenden Rechtsgrundsätzen handelt. Wenn aber (so könnte man hinzufügen) das römische Recht — wie es in der That der Fall ist — eine andere Festsetzung träfe, so muß dies als eine rein willkürliche Bestimmung, durch welche es mit den sonst anerkannten Rechtsprinzipien in Widerspruch tritt, angesehen werden.

Die Folgerichtigkeit jener Ansicht läßt sich nicht in Abrede stellen, wenn man den Standpunkt zugiebt, von welchem aus die Frage nach dem Anspruch des Vermächtnißnehmers auf die Früchte aufgefaßt wird. Aber eben gegen diesen Standpunkt ist Einspruch zu erheben. Es wird damit die Frage in ein ganz schiefes Licht gerückt und die Verpflichtung des Erben zur Prästation der Früchte Prinzipien unterstellt, die hier gar keine Anwendung finden können. Der Grundfehler liegt darin, daß man das Verhältniß zwischen Legatar und Erben beim Vermächtniß

120) S. Anm. 90.

einer Nachlaßsache einfach wie das zwischen dem Eigenthümer und dem dritten Besitzer einer Sache überhaupt stattfindende auffaßt und dann die Verpflichtungen des Erben, je nachdem er von dem Vermächtniß bezw. der Rechtsbeständigkeit desselben Kenntniß hat oder nicht, nach den für bonae und malae fidei possessor geltenden Grundsätzen beurtheilt: während doch die rechtliche Stellung dieses Besitzers gerade durch den Umstand charakterisirt wird, daß er ein mit dem Vermächtniß Belasteter ist.

Indem man das zwischen dem Erben und Legatar stets vorhandene Obligationsverhältniß unbeachtet läßt, muß man, wie überhaupt, so auch hinsichlich der Fruchtprästation nothwendig auf Irrwege gerathen. Behandelt man den von dem Vermächtniß wissenden Erben allemal einfach als malae fidei possessor, so müßte man ihn doch auch für fructus percipiendi haften lassen, — vorausgesetzt natürlich, daß ein mal. fid. poss. auf solche überhaupt in Anspruch genommen werden kann, worüber ja bekanntlich gestritten wird.[121]) Diese Consequenz, wobei der Erbe das höchste Maß von Sorgfalt auf die Fruchtziehung zu verwenden hätte, müßte doch stutzig machen.[122]) Umgekehrt würde der Erbe als bloßer malae fidei possessor für den durch seine Nachlässigkeit verschuldeten Besitzverlust nicht in Anspruch genommen werden können,[123]) was entschieden unrichtig ist. Und andererseits wieder charakterisirt man den mit dem Vermächtniß unbekannten Erben als bonae fidei possessor der vermachten Nachlaßsache, so könnte er

121) S. Vangerow, Pand. I. §. 333 Anm. II. und die Citate daselbst. Göppert a. a. O. S. 136 fg.

122) Roßhirt Vermächtnisse I. S. 480 scheint dies als selbstverständlich anzusehen.

123) Windscheid Pand. I. §. 193 Anm. 13. Vangerow Pand. I. §. 332. Anm. 3. Nr. III. 1. b.

sie am Ende mittlerweile ersitzen. Ferner würde er auch als solcher doch nicht bloß die fructus extantes, wie man annimmt, herauszugeben, sondern auch für die fructus consumpti Ersatz zu leisten haben. Denn fielen die Früchte als Accessionen der Hauptsache dem Legatar zu und gehörten sie so mit zum Vermächtnißgegenstande, so würde der Erbe, welcher, wie wir in §. 1526 e. gesehen haben, stets für den durch seine freie Handlung herbeigeführten Untergang des vermachten Gegenstandes haftet, auch durch Consumtion derselben nicht befreit werden.

Genug, gegen die Uebertragung der Kategorie der bonae und malae fidei possessio auf das Verhältniß des Erben zu der vermachten Nachlaßsache läßt sich von vorneherein geltend machen, daß dieselbe überhaupt da nicht am Platze ist, wo zwischen dem Besitzer und dem Eigenthümer ein obligatorisches Verhältniß besteht und es sich um den Inhalt der ersterem obliegenden Verpflichtung handelt. So wird denn auch der Umfang der positiven Restitutionsverbindlichkeit des belasteten Erben nach selbständigen, aus der Natur der Vermächtnißobligation sich ergebenden Gesichtspunkten und nicht etwa einfach danach, ob er bonae fidei oder malae fidei possessor ist, festgestellt werden müssen. Auch wird sich doch gegen die Behandlung des Erben, welcher von dem Vermächtniß Kenntniß hat, als malae fidei possessor gleich das Bedenken einstellen, daß dann durchschnittlich jeder belastete Erbe vom Erbschaftsantritte an ein solcher sein würde. Auf die in neuerer Zeit viel besprochene Frage nach dem Begriff und Charakter der malae fidei possessio darf hier nicht näher eingegangen werden.[124]) Es will uns jedoch scheinen, daß im Sinne der Quellen

124) Vgl. Landsberg d. furtum des bösgl. Besitzers. 1888, insbesondere S. 60 fg. und darüber Mitteis in d. Krit. Vierteljahrsschr. N. F. XII. S. 40 fg. Daß ich den von

als malae fidei possessor nur derjenige Besitzer einer, wie er weiß, fremden Sache bezeichnet werden kann, welcher die Sache dem Eigenthümer unrechtmäßig vorenthält in der Absicht, sie für sich zu behalten oder sie wie eine eigene zu benutzen und über sie zu verfügen. Ist nun aber beim Erben ohne weiteres diese Absicht anzunehmen? Hat er etwa von vorneherein in dieser Absicht von der, wie er weiß, vermachten Sache beim Erbschaftsantritt Besitz ergriffen? Dabei übersieht man ja ganz das durch den letzten Willen begründete und mit dem Erbschaftserwerbe entstehende quasicontractliche Verhältniß zwischen dem Erben und Vermächtnißnehmer, infolge dessen ersterer sogar als verpflichtet erscheint, die vermachte Sache in Besitz zu nehmen und zu bewahren. Es wäre doch wunderlich, hier von einem mala fide erfolgenden Besitzerwerbe des Erben zu sprechen. Und dazu würde es noch der Vermächtnißnehmer in seiner Hand haben, durch Verzögerung der Geltendmachung des Vermächtnisses den Belasteten fort und fort in mala fides zu erhalten!

Wir werden vielmehr davon ausgehen müssen, daß erst durch die Annahme des Vermächtnisses das Eigenthum

ersterem erfundenen „redlichen malae fidei possessor“ nicht anzuerkennen vermag, brauche ich nach den Ausführungen des Textes nicht noch besonders hervorzuheben. (S. dagegen etwa auch Stintzing Besitz S. 138 fg.) Wir können ihn ebenso gut entbehren, wie sein noch zu entdeckendes Gegenstück, den „unredlichen bonae fidei possessor.“ Vgl. übrigens über den Begriff der mala fides, namentlich seine historische Entwickelung im römischen Recht, die allerdings zu vielen Zweifeln Veranlassung gebenden Ausführungen von Pernice Labeo II. S. 207 fg. insbesondere Ziff. 5. 6. 20. 35, welcher mit Recht das ethische Moment in der mala fides betont, was Landsberg a. a. O. ganz übersieht.

der vermachten Sache dem Legatar definitiv erworben wird. Denn bis zur Annahme kann ja das Vermächtniß noch immer ausgeschlagen werden; die Repudiation aber wirkt in der Weise nach rückwärts, daß die Sache als niemals dem Legatar, sondern stets dem belasteten Erben gehörig gewesen behandelt wird. Wenn nun auch kraft Rechtssatzes das Eigenthum sofort auf den Legatar ohne seinen Willen übergegangen ist, so ist doch, wie der Bestand des Vermächtnisses, so der Erwerb des Eigenthumes so lange, bis sich der Legatar erklärt, thatsächlich ins Ungewisse gestellt. In mala fides würde somit der Erbe, abgesehen von der Einforderung des Vermächtnisses, immer erst gerathen, sobald ihm die Annahme desselben in bindender Weise erklärt ist, weil damit der Vermächtnißerwerb ein definitiver geworden und hinsichtlich des Eigenthumes der Sache schließliche Gewißheit hergestellt ist. Aber auch hier würde der Erbe nur dann als malae fidei possessor betrachtet werden können, wenn er den Willen hat, die Sache für sich thatsächlich zu beherrschen und zu nutzen, also überhaupt als eigene zu behandeln. Fehlt dieser Wille, so ist schon eben damit die mala fides ausgeschlossen. Soll er nun deshalb etwa die Früchte behalten können? Gewiß nicht; aber einfach aus dem Grunde nicht, weil er nunmehr als Vertreter des Legatars aufzufassen ist, der für diesen gleich einem Mandatar oder negotiorum gestor den Besitz ausübt, womit natürlich noch nicht gesagt ist, daß er aufgehört habe, als Besitzer zu gelten und als bloßer Detentor behandelt werden müsse. Offenbar ist doch nur zweierlei möglich. Der Erbe, dem die Annahmeerklärung mitgetheilt ist, bezieht fortan entweder für sich selbst oder für den Legatar die Nutzungen der vermachten Sache. In beiden Fällen kann der Legatar dieselben beanspruchen.[125]) Jedoch haftet der Erbe

125) Im ersteren Falle behandelt er nunmehr unredlicherweise

ihm nicht etwa auch für fructus percipiendi, da er wohl zur Diligenz behufs Erhaltung und Bewahrung der Sache verbunden, ihm aber nicht auch die Verpflichtung, zum Vortheil des Legatars die Sache zu nutzen und Früchte zu ziehen — ebenso wenig, wie sie zu verbessern — durch die Vermächtnißverfügung auferlegt ist.[126])

die fremde Sache, wie eine eigene, wenn er die Früchte derselben für sich bezieht, und verschafft sich ungerechtfertigten Gewinn (vgl. übrigens auch l. 5 §. 5 D. de N. G. 3, 5); im zweiten Falle ist er als negotiorum gestor des Vermächtnißnehmers thätig. Das übersieht Brügger a. a. O. S. 42, welcher darin freilich Recht hat, daß der Erbe durch den Empfang der Annahmeerklärung noch nicht in Mora versetzt wird, aber darin eben zu weit geht, daß er alles auf die eigentliche Mora abstellt. Dies zeigt gerade das von ihm gut gewählte Beispiel. Denn wenn der, vielleicht entfernt wohnende, Legatar dem Erben brieflich anzeigt, er nehme das Vermächtniß des Weinberges an, könne aber erst in drei Wochen kommen und den Besitz antreten, und dann kurz nach dem Empfange des Briefes die Weinlese stattfindet, so würde schon das einfachste Rechtsgefühl dem Legatar die Früchte zusprechen. Und das ist auch juristisch vollkommen begründet. Es hätte ja beim Erben gestanden, den Weinberg jetzt sich selbst zu überlassen und dem Legatar mitzutheilen, daß er mit demselben nichts mehr zu schaffen habe und es letzterem anheimstelle, für die bereitstehende Erndte selbst zu sorgen. Wenn er sie aber vollzieht, so ist es ganz klar, daß er entweder legatarii contemplatione oder sui lucri i. e. depraedandi eius causa ein Geschäft des Legatars besorgt und man wird zweifellos dem letzteren den Ertrag der Weinlese zusprechen müssen. Daß es sich anders verhält, wenn den Gegenstand des Vermächtnisses eine dem Belasteten gehörige Sache bildet, und daß hier alles auf die Mora desselben ankommt, liegt auf der Hand.

126) Man kann weder dafür noch dawider ein Argument aus

Damit ist zugleich der Gesichtspunkt angedeutet, welcher es innerlich rechtfertigt, daß dem Erben trotz seiner Kenntniß des Vermächtnisses Früchte und Ertrag der vermachten Erbschaftssache (auch beim Vindicationslegat) bis zur Erklärung des Legatars zufallen. Er hat weder die Absicht noch auch die Pflicht, für den Vermächtnißnehmer eine positive Thätigkeit zum Zwecke der Ertragsziehung zu entfalten, und handelt auch, so lange der Bestand des Vermächtnisses noch ungewiß ist, nicht unredlich, wenn er die vermachte Sache für sich benutzt und die Früchte sich aneignet.[127]) Wenn der Legatar auch ipso iure Eigenthümer der vermachten Sache wird, so soll der Erbe doch so lange im Genusse derselben bleiben, bis das Vermächtniß angenommen und eingefordert wird. Sonst würde es ja auch der Vermächtnißnehmer in seiner Hand haben, durch willkürliche Hinausschiebung der Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses dem Erben die Mühen und Sorgen der Bewirthschaftung des vermachten Grundstückes, der Gewinnung und Verwerthung der Früchte aufzubürden, um sich dann selbst des Erfolges der Arbeit desselben zu erfreuen.

Man könnte dagegen vielleicht geltend machen, daß der Erbe ja Erstattung der auf die Fruchtziehung gemachten Auslagen vom Legatar verlangen darf. Dieser Einwand

l. 21 D. de her. vend. 18, 4 (fundi venditor fructus praestet b o n a e f i d e i r a t i o n e, quamvis si neglexisses ut alienum, nihil ei imputari possit, nisi si c u l p a eius argueretur) entnehmen. Doch das bedarf keiner weiteren Ausführung.

127) Vgl. l. 46 §. 1 D. ad SC. Treb. 36, 1: sed cum ex fundis fructus percepit, nihil eo nomine praestat . ., si non intercessit mora, scilicet quia colendo fundo vel in cogendis fructibus insumpsit operam: nec aequum erat alterius, ut sic dixerim, procuratorem constitui.

wäre aber nicht stichhaltig, denn damit würde der Erbe doch nur für seine Kosten, aber nicht für seine Mühewaltung, seine Opfer an Zeit und Arbeitskraft Entschädigung erlangen. Und wie, wenn jene Auslagen vergeblich gemacht waren? Gegen dieses Risiko, das er allein zu tragen hat, sichert ihn doch nicht der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen, — und dennoch soll der Vortheil der Auslagen dem Legatar zufallen? Da erscheint es gewiß als durchaus angemessen, daß ihm ein Aequivalent für dasselbe in der Aussicht auf den Fruchtertrag geboten wird. Man darf auch nicht den Einwand erheben, daß der Erbe, welcher das Vermächtniß kennt, die Cultur des vermachten Grundstückes aufgeben könnte. Denn dies würde eine Deterioration des Grundstückes in sich schließen, für welche ihn der Legatar möglicherweise in Anspruch nehmen könnte, und welche ihn im Falle der Ausschlagung des Vermächtnisses selbst träfe. Und wie endlich, wenn den Legatar die Kunde von dem Vermächtniß erst nach Jahren erreicht oder er dann erst ermittelt wird? Soll auch hier in der Zwischenzeit Ungewißheit darüber herrschen, wem die Früchte gehören und Eigenthum an denselben vom Erben nicht übertragen werden können?

Kommen wir schließlich noch einmal auf das klassische Recht zurück, so spricht auch hier für die Fruchtpräſtation beim Vindicationslegat — abgesehen von den früher dagegen angeführten Gründen — keine große Wahrscheinlichkeit. Ist es überhaupt anzunehmen, daß die verschiedene Form der Anordnung des Vermächtnisses eine so erhebliche materielle Verschiedenheit hinsichtlich des Umfanges der Verbindlichkeit des belasteten Erben zur Folge gehabt und daß diese dem Willen des Erblassers entsprochen hätte? Wenn der Erblasser verfügt hatte: „heres meus Titio fundum meum dato,“ so würde der Legatar, der nach einem Jahre das Vermächtniß einfordert, die Früchte der

Zwischenzeit sicher nicht beanspruchen können. Und wenn der Testator gesagt hätte: „fundum meum Titio do lego," dann sollte der Erbe verpflichtet sein, dem Legatar, der nach einem Jahre das Vermächtniß agnoscirt und geltend macht, die gezogenen Früchte vom Erbschaftsantritte an herauszugeben bezw. deren Werth zu erstatten, obwohl doch hier wie dort der Legatar nicht eher in den Besitz und Genuß des vermachten Grundstückes kommen sollte, bis er die Annahme des Vermächtnisses erklärt?

Regelmäßig kann also der Vermächtnißnehmer die Früchte der vermachten Sache erst von dem Eintritt der Mora und vom Prozeßbeginn an verlangen. Ist eine Erbschaftssache vermacht, so wird ein Anspruch auf die vom Erben gezogenen Früchte auch schon durch die diesem zugegangene Erklärung der Annahme des Vermächtnisses begründet. Die Annahme und Einforderung des Vermächtnisses setzt doch aber außer dem Antritt der Erbschaft die Kenntniß des Vermächtnisses voraus, und es würde sich fragen, ob der Erbe, wenn er selbst dem Legatar die Einforderung unmöglich macht, demselben auch die inzwischen bezogenen Früchte zu prästiren hat. Dies kann zur Sprache kommen sowohl bei der Verzögerung des Erbschaftsantrittes, wie in dem Falle der Verheimlichung des Vermächtnisses. Beide Fälle sind bereits früher gelegentlich erörtert worden. Es handelt sich hier einzig um das Vermächtniß einer Erbschaftssache. Hat der Erbe, um die der hereditas iacens zufallenden Früchte der vermachten Sache zu gewinnen, den Antritt der Erbschaft arglistigerweise verzögert, so wird er, wie wir oben (S. 303) gesehen, auch auf diese vom Legatar in Anspruch genommen werden können,[128]) jedoch immer nur auf die ihm selbst zugekommenen;

128) Vgl. unten bei Anm. 149.

denn von fructus percipiendi könnte hier schon darum nicht die Rede sein, weil er ja auch bei rechtzeitigem Antritt für solche nicht haftet. Keinem Zweifel kann es ferner unterliegen, daß der beschwerte Erbe, welcher die Vermächtnißverfügung unterdrückt oder dem Legatar das Vermächtniß unredlicherweise verschweigt, eben deswegen als malae fidei possessor der Vermächtnißsache behandelt werden muß und somit auch für die Früchte vom Antritt der Erbschaft an dem Legatar einzustehen hat.[129])

Keine Schwierigkeit bereitet der Fall, wenn die vermachte Sache im Besitze eines Dritten sich befindet, von welchem der Legatar sie vindicirt. Darüber kann keine Meinungsverschiedenheit bestehen, daß hier die sonst geltenden bekannten Grundsätze vom Fruchterwerbe und der Fruchtprästation bei der Eigenthumsklage zur Anwendung kommen. Es handelt sich also nur darum, ob der Beklagte bonae oder malae fidei possessor ist. Ersterenfalls beschränkt sich seine Restitutionspflicht auf die noch vorhandenen Früchte, letzterenfalls hat er auch für die bereits consumirten Ersatz zu leisten und haftet unter Umständen für fructus percipiendi. Daß hier der belastete Erbe die Früchte nicht beanspruchen kann, ist selbstverständlich. Denn er ist ja weder Eigenthümer noch Besitzer der vermachten Sache und alle die Gründe, die für seinen Fruchterwerb bei eigenem Besitze der Vermächtnißsache geltend gemacht sind, würden hier offenbar nicht zutreffen. Dabei ist aber wohl zu beachten, daß dem Legatar nur diejenigen Früchte prästirt zu werden brauchen, welche ihm kraft seines Eigenthumes zugefallen sind, nicht etwa überhaupt alle vorhandenen oder Ersatz für alle verbrauchten. Sein Eigenthum datirt aber erst seit dem dies legati veniens, also in Voraussetzung eines un=

129) S. oben S. 315 fg.

bedingten und unbefristeten Vermächtnisses mit dem Antritte der Erbschaft. Mithin hat der Besitzer dem Legatar die vor diesem Zeitpunkte, wenn auch nach dem Tode des Erblassers bezogenen Früchte ebenso wenig zu restituiren, wie die etwa noch vor dem Erbfalle gewonnenen. Hinsichtlich dieser könnte er vielmehr — wenn er als redlicher Besitzer überhaupt haftete — einzig dem Erben haften, welcher seinen Anspruch mit selbständiger rei vindicatio, sofern sie noch vorhanden sind, oder mit condictio, wenn der unredliche Besitzer sie bereits verbraucht hat, verfolgen mag.[130])

130) Das ist eigentlich ebenfalls so selbstverständlich, daß man darüber kein Wort zu verlieren brauchte, wenn nicht Brügger S. 38—41 davon ausgehend, daß dem Legatar von dem redlichen Besitzer sämmtliche fructus extantes, auch die schon vor dem Erbschaftsantritte gezogenen, herausgegeben werden müßten, weitläufig ausführte, daß hier dem Erben gegen den Legatar das interdictum quod legatorum auf Rückgabe der Früchte zuständig sei, weil letzterer sonst einen unbilligen Gewinn auf Kosten des Erben machen würde! Daß hier Natur und Zweck dieses interdictum völlig verkannt ist, bedarf keines Beweises. Dem Legatar werden vielmehr diese vor dem dies legati veniens entstandenen Früchte sicher nicht bei Gelegenheit der rei vindicatio zugesprochen werden können. Die Unrichtigkeit der entgegengesetzten Ansicht tritt noch handgreiflicher hervor, wenn wir an die pendente condicione gezogenen Früchte bei einem bedingten Vermächtniß denken. Im übrigen würde es sich nur darum handeln, ob der redliche Besitzer der Sache nach Restitution derselben an den vindicirenden Legatar diese Früchte behalten kann, oder sie dem Erben auf Verlangen herausgeben muß. Die Entscheidung hängt davon ab, wie man sich zu der streitigen Frage stellt, ob im justinianischen Recht eine selbständige Vindication der noch im Besitze des bon. fid. possessor befindliche fructus statthaft sei, oder ob dieselben nur bei Gelegenheit der auf die Sache

III. Die Frage, ob überhaupt oder in welchem Falle und von welchem Zeitpunkte an der Vermächtnißnehmer auf die Früchte der vermachten Sache Anspruch habe, ist von jeher eine äußerst bestrittene gewesen, obwohl sich aus den neueren Lehrbüchern des Pandektenrechts kaum entnehmen läßt, daß wir es hier mit einer alten Controverse zu thun haben.

Schon bei den byzantinischen Juristen können wir eine Spur derselben antreffen. Wenn sich aus den wenigen in den Basilikenscholien enthaltenen Mittheilungen überhaupt ein Schluß ziehen läßt, so waren vielleicht die dem justinianischen Zeitalter angehörigen Juristen der Ansicht, daß bei der dinglichen Vermächtnißklage die Früchte seit Antritt der Erbschaft, bei der persönlichen nur im Falle der Mora des Belasteten gefordert werden können.[131]) Die späteren Scholiasten machten dawider aber geltend, daß die Unterscheidung zwischen in rem und in personam actio nach l. 4 C. de usur. leg. 6, 47 nicht zulässig sei.[132])

Die Glosse unterscheidet dagegen zwischen dem Vermächtnisse einer dem Erblasser gehörigen und einer fremden Sache. Während die Früchte bei letzterer nur von der Mora des Erben und von der Litiscontestation an beansprucht werden können, sollen sie bei ersterem dem Legatar seit Antritt der Erbschaft zufallen.[133]) Jedoch wird hier eine

selbst gerichteten Vindication vermöge des arbitrium de restituendo zuerkannt werden können.

131) Sch. 1. (Stephanus) ad Bas. 23, 3, 8. (II. p. 688) Sch. Anonymi ad Bas. 23, 3, 42 (II. p. 717.) Vgl. auch Sch. ἐὰν γὰρ ad Bas. 23, 3, 14 (II. p. 694.)

132) Sch. Nicaei ad Bas. 23, 3 8. (II. p. 688).

133) Gl. ad l. 4 C. 6, 47. Gl. „equis“ ad l. 39 D. de usur. 22, 1. Gl. „post adquisitum“ ad l. 42 eod. Gl. „moram“ und „non esse“ ad l. 14 eod.

Ausnahme in dem Falle anerkannt, wenn der Erbe von dem Vermächtniß keine Kenntniß hatte; dann soll er nur wegen der fructus extantes aber nicht wegen der consumpti in Anspruch genommen werden können.[134]) Nur an einer Stelle könnte es scheinen, als ob eine Restitutionsverbindlichkeit hinsichtlich des während ruhender Erbschaft stattgefundenen Sklavenerwerbes anerkannt wäre,[135]) während sonst der Anspruch des Legatars auf die Früchte ex die mortis testatoris entschieden in Abrede gestellt wird.[136])

Scheint hier noch im Ganzen Uebereinstimmung geherrscht zu haben, so treten schon unter den Commentatoren erhebliche Differenzen hervor, die sich bei den Späteren zu so weit auseinandergehenden Auffassungen gestalten, daß es schwer hält, eine übersichtliche Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen zu geben.[137]) Wir haben es hier nur mit dem Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen

134) Gl. „fructus" ad l. 1 C. 6, 47. Gl. cit. ad l. 42. Azo summa in Codicem ad tit. 6, 47. (Lugd. 1540 fol. 172 v.)

135) So wird die Gl. ad l. 38 D. de leg. II. von D. Gothofredus verstanden, aber gewiß unrichtig; denn wenn es dort heißt: „Sed postea omnia debent restitui legatario," so ist bei postea hinzuzudenken „adquisita" im Gegensatze zu dem vom vermachten Sklaven ante aditam hereditatem Erworbenen.

136) Das entspricht auch vollkommen der Auffassung der Glosse, wonach das Eigenthum der vermachten Sache dem Legatar „de veritate" mit Antritt der Erbschaft und nur „de fictione" mit dem Tode des Erblassers erworben werde. Vgl. auch d. Comment. Th. 48 S. 266 Anm. 39.

137) Eine weder vollständige oder geordnete noch zuverlässige Uebersicht findet sich bei D. Gothofredus in not. ad l. 4 C. cit. und P. Mueller addit. ad Struvii syntagma iur. civ. II. exerc. 35. th. 20. not. ×.

Sache zu thun; da finden sich nun folgende Ansichten vertreten:

1) Der Legatar hat Anspruch auf alle seit dem Tode des Erblassers entstandenen Früchte, weil das Eigenthum direkt vom Erblasser auf ihn übergeht. Dazu kommt noch die praktische Erwägung, daß es sonst der Erbe in seiner Hand hätte, durch willkürliche Hinausschiebung des Erbschaftsantrittes den Legatar um den Ertrag der vermachten Sache in der Zwischenzeit zu bringen. Diese Meinung hat nur wenige Anhänger gefunden und sich auch in der Praxis nur selten Geltung verschafft.[138]) Ihr wurde entgegengehalten, daß, wenn auch der Uebergang des Eigenthumes auf den Legatar an den Todestag des Erblassers geknüpft werde,[139]) dies doch lediglich eine Rechtsfiktion sei, aus welcher noch nicht folge, daß der Legatar auch auf die Ausübung und den Ertrag dieses Eigenthumes Anspruch habe. (Anm. 136.)

138) Sie wird vertreten u. A. von Bartolus, Paulus de Castro, Jason de Mayno, ferner Gomez var. resol. l. I. c. 12. nr. 22. Zasius comm. in tit. D. de leg. I. ad l. 39 §. 1. (mit Beschränkung auf die act. in rem.) Hahn observ. ad Wesembec. comm. in Dig. tit. de leg. 1. nr. 8. Ramos del Manzano ad tit. D. de legat. P. I. §. 29 (Meerm. thes. VII. p. 279). Voet comm. ad Pandect. lib. 30—32. nr. 48. Oosterga censura Belgica ad Cod. l. VI. tit. 47. (mit Beschränkung auf den Fall, wenn der Erbe die vermachte Sache in Gebrauch genommen); censura Belg. ad Institut. (disput. ad Inst. §. 26 de leg. 2, 20). Traj. ad Rhen. 1648 p. 793. Höpfner Comment. üb. die Institutionen §. 583 Nr. 1. (Frankf. 1818. S. 471.) Selbst noch Roßhirt Verm. I. S. 480 und Sintenis Civilrecht III. §. 213 Abs. II. vertreten diese Meinung.

139) Wie dies bis in die neueste Zeit herrschende Ansicht war. Vgl. Arndts Th. 48. S. 247. Anm. 100.

2) Die Früchte gebühren dem Vermächtnißnehmer seit dem Antritte der Erbschaft. Dieser, wie schon bemerkt, von der Glosse gebilligten Meinung hat es lange Zeit hindurch nicht an hervorragenden Vertretern unter den Commentatoren,[140]) den Juristen der französischen Schule[141]) und den Späteren gefehlt, obwohl sie ebenso wenig wie die dritte Meinung zur ausschließlichen Herrschaft zu gelangen vermochte. Jedoch sind die Vertreter dieser Ansicht in der Begründung derselben keineswegs ganz einig und im Einzelnen ist bei ihnen manche abweichende Auffassung anzutreffen. Freilich wird der Anspruch des Legatars hinsichtlich der Früchte im Prinzip von Allen auf den Eigenthumsübergang seit Antritt der Erbschaft gegründet. Während aber die Einen das Recht des Vermächtnißnehmers auf Früchte und Accessionen als eine einfache Folge seines Eigenthumes an der vermachten Sache selber auffassen,[142]) wird von den Anderen zur Rechtfertigung jenes Anspruches der Gesichtspunkt einer mit dem Erbschaftsantritte von selbst eintretenden Mora des Erben herbeigezogen.[143]) Im Grunde

140) Bei den Späteren werden vorzugsweise citirt Baldus, Angelus, Bartholomaeus de Saliceto, Socinus.

141) Cujacius an den oben Anm. 90 angeführten Stellen. Duarenus ad l. 39 §. 1 D. de leg. I. Donellus comment. VIII. c. 18. nr. 18 cfr. c. 36. nr. 3.

142) Cujacius, Duarenus, Donellus l. c. Mantica de coniectur. ultim. volunt. lib. VII. tit. 10 nr. 34. Berlich conclus. practicab. P. III. concl. 19. Brunnemann comment. in Pandect. ad l. 39 §. 1 cit. (Anders im Comment. in Codic. s. Anm. 146). Perez praelect. in Cod. lib. VI. tit. 47.

143) Huber praelect. iur. civ. P. I. ad Inst. l. II. tit. 20 not. 37. Lips. 1707. p. 229. (Qui scivit, cum ipse adiisset, rem esse legatam, nec eam praestitit, non videtur reipsa non esse in mora, maxime si legatarius

genommen ist die praktische Differenz zwischen beiden Auffassungen keine so große. Denn die letzteren Juristen knüpfen den Eintritt der „mora realis“ an die Kenntniß des Erben vom Vermächtniß;[144]) wogegen die ersteren den Erben im Falle der Unkenntniß des Vermächtnisses als bonae fidei possessor die Früchte, und zwar wie es scheint nicht bloß die fructus consumpti, erwerben lassen. Es bliebe also nur der Unterschied, daß nach der einen Auffassung der Erbe von dem Zeitpunkte der erlangten Kenntniß vom Vermächtniß nur für die von ihm wirklich bezogenen, nach der anderen auch für versäumte Früchte haftet.

3) Gegen diese Ansicht erhob zuerst Ant. Faber[145]) nachdrücklichen Widerspruch und brachte die Meinung, daß der Erbe bei allen Vermächtnissen nur im Falle der Mora Früchte zu prästiren habe, eine Zeit lang zur entschiedenen Herrschaft.[146]) Die Vertreter derselben argumentiren fast

ignoraverit.“) Wernher observ. forens. P. V. obs. 147 (I. p. 1064). P. VII. obs. 247. (II. p. 330). Berger oeconomia. iur. l. II. tit. 4. th. 29. nr. 6. Electa discept. forens. tit. 45. obs. 5. (Lips. 1706. p. 1507.) Bertoch promptuar. iur. s. v. legatum. nr. 21. (II. p. 1016).

144) Die Deduktion ist folgende: Der Erbe, welcher nach dem Erbschaftsantritt die vermachte Sache im Besitze hat, ist malae fidei possessor; ein solcher aber befindet sich von selbst in mora und haftet daher auf die Früchte.

145) Coniectur iur. civ. VII. c. 3. De error. pragmaticor. dec. XI. err. 2. Codex definit. l. VI. tit. 26. def. 1. vgl. def. 6. nr. 3.

146) Retes tractat. ad tit. de re iudic. Tr. I. sect. 4. §. 84—87. (Meerm. Thes. VII. p. 559 sqq.) Finkelthaus observ. posthum. VIII. (Appendix Observ. pract. Lips. 1680. p. 75 sqq.) Carpzov iurispr. forens. P. II. const. 30. def. 20. (Dagegen vertritt er die zweite Meinung P. III. const. 13. def. 28. nr. 7. 8).

durchgängig folgendermaßen. Obwohl das Eigenthum des Legatars vom Antritte der Erbschaft datirt, so sei es doch

Brunnemann comm. in Codic. ad l. VI. tit. 47. Lauterbach collegium theor. pract. ad D. l. 30—32. §. 51. Struve syntagma. iur. civ. tom. II. exerc. 35 th. 20. Leyser meditat. ad Pand. Spec. 382. (vol. VI. p. 891). Müller promptuar iur. s. v. legatum. nr. 122 sqq. (vol. IV. p. 209 sqq.) Hellfeld iurisprud. for. §. 1526. Hofacker princip. iur. §. 1522. (vol. II. p. 651.) — Auch bei den Neueren hat diese Ansicht vorzugsweise Anerkennung gefunden. Vgl. Thibaut Pand. II. §. 929. (9. Aufl. S. 255.) Wening-Ingenheim Civilrecht III. §. 523 (5. Aufl. S. 414.) Valett Pand. §. 1156 (III. S. 404.) Schweppe-Mejer röm. Privatr. §. 899 (V. S. 305; mit der wunderlichen Unterscheidung zwischen den vor und nach dem „Zeitpunkte der Restitution des Vermächtnisses" gezogenen Früchten). Keller Pand. §. 573. Windscheid Pand. III. §. 647 Anm. 13. Dernburg Pand. III. §. 109. I. a.; wohl auch Vangerow Pand. II. §. 536. Anm. IV. 2. a. Ob auch Puchta Pand. §. 543, ist zweifelhaft, da er nur von der Vermächtnißforderung und act. ex testamento handelt. Dagegen unterscheidet Mühlenbruch Pand. §. 755 (4. Aufl. III. S. 460) zwischen den Früchten als „rerum accessio" („was aus der vermachten Sache gewonnen wird") und als „accessio obligationis" („was der nicht gehörig erfüllten Verbindlichkeit halber von dem Onerirten zu leisten ist") und gewährt erstere dem Legatar a die veniente. Diese Unterscheidung hat bei Roßhirt und Sintenis großen Beifall gefunden, nur daß dieselben nicht inconsequent jene Früchte dem Legatar vom Todestage des Erblassers an zusprechen. (Anm. 138.) Ferner wird die Ansicht, daß die Früchte dem Vermächtnißnehmer — bei der dinglichen Klage — vom dies veniens an gebühren, von Arndts a. a. O., Seuffert a. a. O. und wie es scheint auch Wächter Pand. §. 318 sub. III. VII. 1. vertreten.

in Wahrheit bis zur Erklärung des Legatars noch in der Schwebe, da es bei Ablehnung des Vermächtnisses sich ergiebt, daß die Sache nie im Eigenthume des Legatars gestanden habe. So lange noch diese Ungewißheit besteht, könne daher der Erbe auch trotz erlangter Kenntniß vom Vermächtniß nicht als in mala fide befindlich angesehen werden, da er ja noch nicht weiß, ob das Vermächtniß überhaupt zu leisten sein wird. Andererseits könne man aus demselben Grunde (wegen der in der Zwischenzeit hinsichtlich des definitiven Bestandes des Vermächtnisses herrschenden Ungewißheit) den Legatar seit der Annahme nicht in allen Beziehungen nach rückwärts als Eigenthümer behandeln: mithin müssen alle in der Zwischenzeit gezogenen Früchte dem Erben als bonae fidei possessor zufallen. Nun gehen die Auffassungen auch hier wieder auseinander. Während die Meisten die Mora und mala fides des Erben erst beginnen lassen mit der Annahmeerklärung oder Einforderung des Vermächtnisses,[147]) findet sich auch die Meinung vertreten, daß der Erbe in mala fides gerathe, schon wenn er das Bewußtsein habe, daß der Legatar das Vermächtniß annehmen werde, was im Zweifel zu präsumiren sei, wenn derselbe nicht selbst wieder mit einem Vermächtniß belastet ist.[148])

4) Auch in dem Falle, wenn der Erbe die Antretung der Erbschaft arglistigerweise verzögert, nehmen Viele an,

147) Die entgegenstehende l. 40 D. de A. R. D. 41, 1 (oben S. 490) wird übereinstimmend dahin verstanden, daß der Erbe von der Agnition des Vermächtnisses bereits Kenntniß erlangt hatte.

148) So Bachov notae ad Treutler. vol. II. P. I. disp. 13. th. 7. lit. H. (p. 423.) Wissenbach comment. in Cod. ad l. 4 cit. 6, 47.

daß er dem Legatar für die entgangenen Früchte einzustehen habe.[149])

5) Bis auf die neuere Zeit herrschend war endlich die auf l. 44 D. de R. V. 6, 1. l. 27 pr. D. de usufr. 7, 1. l. 25 §. 6 D. qu. in fraud. cred. 42, 8. l. 9 pr. D. ad l. Falc. 35, 2. Paul. sent. III. 6. §. 46 (oben S. 481) gegründete Annahme, daß die beim Tode des Erblassers noch nicht separirten Früchte, ohne Rücksicht auf Mora und mala fides, als Theil der vermachten Sache dem Legatar gebühren.[150])

149) Vgl. Berlich l. c. der sich auf die Commentatoren beruft. Perez, Struve, Lauterbach, Hofacker ll. cc. (letzterer hebt ausdrücklich hervor, daß der Erbe hier auch für fructus percipiendi einzustehen habe, was sicher falsch ist), Thibaut Pand. a. a. O.

150) Dies scheint die communis opinio der Commentatoren zu sein; vgl. Tuschi conclus. practic. tom. IV. lit. F. concl. 496. (p. 37). Ferner Zasius ad l. 78 §. 1 D. de V. O. 45, 1. Cujacius ad l. 39 §. 1 D. de leg. I. Hartm. Pistoris quaestiones l. I. qu. 27 nr. 4. 5. Lips. 1586. I. p. 218). Voet l. c. Lauterbach l. c. A. Faber coniect. VII. 3. („de hoc nemo dubitat"). Retes l. c. („inter omnes constitutissimum est.") Berlich l. c. nr. 16. („iure civili extra controversiam positum est.") Carpzov iurisprud. for. P. III. const. 13. def. 1. („de iure communi expeditum est.") Auch Haubold sächs. Privatr. §. 344 hält dies für einen gemeinrechtlichen Satz. (Hinsichtlich des sächsischen Rechtes bestanden darüber wegen der Bestimmung im Sachsensp. II. 58 §. 2. III. 76 §. 4 in der Praxis Zweifel, welche aber durch die Kurfürstl. Constitut. von 1572. III. 13 beseitigt wurde. Consultationes Saxonicae I. p. 2. qu. 22. Francof. 1599. fol. 31. Schletter die Constitutionen S. 218.) Uebereinstimmend ist auch die Erneuerte Frankfurter Reformation v. 1611. Th. IV. Tit. 6 §. 22. Widerspruch dagegen erhob Leyser l. c.

IV. Werfen wir schließlich noch einen Blick auf die Partikularrechte und die neuere Gesetzgebung, so tritt uns auch hier eine dem Stande der Doktrin entsprechende Zerfahrenheit in betreff des Anspruches des Legatars auf die Früchte der vermachten Erbschaftssache entgegen.

Im Gebiete des sächsischen Rechtes hatte der Entwurf der Erläuterten Prozeßordnung von 1699 ad tit. 45 die Früchte dem Legatar vom Antritt der Erbschaft, das Wissen des Erben vom Vermächtniß vorausgesetzt, zugesprochen.[151]) Diese Bestimmung ist jedoch nicht in die Erläuterte Prozeßordnung von 1724 selbst übergegangen. Dagegen wurde durch Dec. 12 von 1746 festgesetzt, daß der Legatar alle nach Ablauf des 30. Tages nach des Testators Tode erhobenen Nutzungen des vermachten Gegenstandes beanspruchen könne. Nach dem sächsischen Gesetzbuche[152]) endlich kann der Vermächtnißnehmer die Früchte und Nutzungen der Sache erst

welcher nur für den Fall, daß der Testator das Grundstück so, wie es zur Zeit seines Todes ist, vermacht hat, einen Anspruch des Legatars auf die fructus pendentes anerkennt, und bei Müller promptuar. l. c. Zustimmung fand. — In neuester Zeit wird das Recht des Legatars in betreff der fructus pendentes, aber nur der zur Zeit des dies veniens noch stehenden Früchte, besonders von Arndts a. a. O. Th. 48. S. 341 vertreten: „So ist es auch kein Zweifel (?!), daß dem Vermächtnißnehmer die zur Zeit des Erwerbes eines vermachten Grundstückes noch stehenden oder hängenden Früchte erworben werden." Vgl. oben Anm. 94—96.

151) Berger electa discept. forens. p. 1487.

152) §. 2438. 733. 743. Dabei ist zu beachten, daß das Vermächtniß nicht vor Ablauf eines Monates nach dem Tode des Erblassers eingefordert werden kann (s. oben S. 397); die in dieser Zwischenzeit gezogenen Früchte würden also stets dem Erben verbleiben.

von dem Zeitpunkte an, wo er den Beschwerten durch Mahnung in Verzug gesetzt hat, verlangen. Ein Unterschied zwischen dem Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen und einer anderen Sache findet hier nicht statt.[153])

In nahem Zusammenhange mit dem älteren sächsischen Rechte steht das preußische. Das verbesserte Landrecht des Königreiches Preußen P. II. Buch 5. Tit. 8. Art. 3 §. 16 bestimmte fast wörtlich gleichlautend[154]) mit den sächsischen Constitutionen III. 13, daß die bei des Erblassers Ableben noch stehenden Früchte dem Legatar zufallen sollen. (S. Anm. 150.) Hinsichtlich der übrigen Früchte enthält es keine Vorschrift. Dagegen verordnete das Project des Corpus iur. Frider. von 1751 Th. II. B. 8. Tit. 2 §. 44, daß der Erbe alle seit dem Tode des Testators von dem Vermächtnißgegenstande gezogenen Früchte und Nutzungen dem Legatar prästiren müsse, weil er sich sonst „ex re aliena bereichern würde." Wesentlich dasselbe ist im Allgemeinen preußischen Landrecht I. 12 §. 306 fg. festgesetzt. Der Legatar kann danach zunächst alle Früchte und Nutzungen der Sache in der Zwischenzeit, von dem Tode des Erblassers bis zum Antritt der Erbschaft, beanspruchen; doch haftet der Erbe demselben nicht weiter, als er selbst davon erhalten hat. Was die nach Antritt der Erbschaft entstandenen Früchte anbetrifft, so hat auch diese der Erbe heraus-

153) Das wird auch bestätigt durch §. 2451, welcher bestimmt, daß der Vermächtnißnehmer das Eigenthum der vermachten Erbschaftssache „nebst Zuwachs" sofort mit Erwerbung des Vermächtnisses erwerbe, der Früchte aber keine Erwähnung thut, wobei man nicht außer Acht lassen darf, daß in dem sächsischen Gesetzbuche der Zuwachs durchweg von den Früchten unterschieden wird.

154) Nur wird hier für „Weinberge" gesetzt „Wiesen", was leicht erklärlich ist.

zugeben, da er die vermachte Sache zum Vortheil des Legatars verwahren und verwalten muß, wobei er aber nur für grobes Versehen einzustehen hat. Wenn jedoch der Erbe mit der Entrichtung des Vermächtnisses grundlos über die gesetzmäßige Frist (d. i. den Ablauf der Deliberationsfrist) hinaus zögert, so sollen ihn alle rechtliche Folgen des Verzuges treffen und er soll als unredlicher Besitzer angesehen werden. Also würde er jetzt auch für die versäumten Früchte haften. Jedoch muß dabei vorausgesetzt werden, daß das Vermächtniß vom Legatar auch eingefordert ist. Dies geht hervor aus den Vorschriften in §. 328, 331, wonach bei einem Geldvermächtniß der Erbe dem Legatar die Geldsumme „vom Ablauf der Ueberlegungsfrist an landüblich verzinsen" muß, während er gesetzmäßige Verzugszinsen nur dann zu entrichten hat, wenn ihm „in Bezahlung des Vermächtnisses eine schuldbare Verzögerung zur Last fällt." Selbstverständlich hat auch nach preußischem Landrecht, wenn eine nicht zum Nachlaß gehörige Sache vermacht ist, der Legatar auf die Früchte derselben erst mit Eintritt der Mora des Beschwerten Anspruch.

Das Bayer. Landrecht III. 6. 10 Nr. 4 bestimmt, daß der Legatar „von der Zeit, da die Erbschaft angetreten oder das Legat agnoscirt worden, alle davon abgefallene Früchte oder Zinsen begehren" kann. Es könnte hier ein Zweifel entstehen, ob die Früchte schon von dem Antritte der Erbschaft an, oder erst von dem Zeitpunkte der Annahme des Vermächtnisses beansprucht werden dürfen; doch ist im Sinne des Gesetzgebers das letztere anzunehmen.[155]) Auch diese Bestimmung bezieht sich nur auf das Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen Sache.

155) Der Ausdruck ist ebenso incorrect, wie bei Lauterbach und Hofacker l. c.: „a tempore aditae hereditatis et agniti legati."

Der Code civil art. 1014 giebt dem Legatar einen Anspruch auf die Früchte, auch beim Vermächtniß einer Erbschaftssache, erst vom Tage der Klagerhebung an.[156])

Nach österreichischem Rechte ist wieder zwischen dem Vermächtnisse einer dem Erblasser gehörigen und einer anderweitigen Sache zu unterscheiden.[157]) Bei letzterem gebühren die Früchte dem Legatar erst vom Eintritte des Verzuges an. Hinsichtlich des ersteren, welches auch nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben begründet und keinen unmittelbaren Eigenthumsübergang zur Folge hat (s. oben S. 58), bestimmt das österreichische Gesetzbuch §. 686, daß dem Legatar „auch die seit dem Tode des Erblassers laufenden Zinsen und entstandenen Nutzungen zu statten kommen" sollen.

Damit stimmt wesentlich überein der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches f. d. deutsche Reich §. 1878:

> Der Anspruch aus einem Vermächtnisse, durch welches ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand zugewendet ist, umfaßt auch den Zuwachs und die von dem Gegenstande seit dem Anfalle des Vermächtnisses gezogenen Früchte, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt.

Wenn sich auch gegen die hier festgesetzte Abweichung vom römischen Rechte die früher erörterten Erwägungen geltend machen, so verdient doch diese Formulirung des Anspruches des Vermächtnißnehmers auf die Früchte, welche der bisherigen Rechtsverschiedenheit und den divergirenden Auffassungen im gemeinen Rechte ein Ende machen würde,

156) „Le legataire . . ne pourra . . en pretendre les fruits ou interets, qu'à compter du jour de sa demande en delivrance."

157) Vgl. Unger österr. Erbr. § 64 bei Anm. 9. § 67.

entschiedenen Beifall. Nur in einer Beziehung dürfte dieselbe zu Bedenken Veranlassung geben. Da nämlich der Anfall des Vermächtnisses nach §. 1867, abgesehen von dem unter einer Bedingung hinterlassenen, regelmäßig mit dem Tode des Erblassers erfolgt, so könnte es in Frage gezogen werden, wie es sich mit dem Anspruche des Vermächtnißnehmers auf die Früchte beim befristeten Vermächtnisse verhalte. Jedoch soll wohl in dem Vorbehalt am Schlusse des §. 1878 auch dieser Fall mitinbegriffen sein.

§. 1527.

Rechte des Beschwerten und Verbindlichkeiten des Vermächtnißnehmers.

Aus der Vermächtnißauflage können für den Vermächtnißnehmer im Falle der Annahme des Vermächtnisses Verbindlichkeiten verschiedener Art gegen den Belasteten hervorgehen, die hier im Zusammenhange zu betrachten sind.

I. Vor Allem kann der Belastete Erstattung der von ihm auf den Vermächtnißgegenstand gemachten Verwendungen beanspruchen. Jedoch wird man hier sowohl hinsichtlich der Art der Verwendung als auch hinsichtlich des Vermächtnisses selbst unterscheiden müssen. Freilich gewähren uns die Quellen für die Entscheidung dieser praktisch so wichtigen Frage nur einen dürftigen Anhalt. Es finden sich nur wenige und dazu noch zweifelhafte Aussprüche, aus denen sich allgemeine Grundsätze über die Erstattung der Verwendungen bei Vermächtnissen kaum mit völliger Sicherheit ableiten lassen. Leicht erklärlich, da in dieser Beziehung alles dem billigen Ermessen des Richters vorbehalten war. Lassen wir nun die Quellenaussprüche,

in denen ein Ersatz der Verwendungen und Auslagen für die vermachte Sache bloß im Prinzip anerkannt ist,[1]) bei Seite liegen, so kommen zunächst in Betracht l. 58. 61 D. de legat. I.:

Papinianus l. IX. Respons. Domus hereditarias exustas et heredis nummis exstructas ex causa fideicommissi post mortem heredis restituendas, viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis et aedificiorum aetatibus examinatis, respondi. Sumptus autem in reficienda domu necessarios a legatario factos petenti ei legatum, cuius postea condicio extiterit, non esse reputandos existimavi.

Das zur Erbschaft gehörige Haus, welches einem Dritten nach dem Tode des Erben vermacht ist, brennt ab und wird vom Erben wieder aufgebaut. Die Entscheidung in dem ersten Responsum enthält nun zweierlei: 1) Der

1) Sie beziehen sich freilich nur auf das Universalfideicommiß, sind aber unbedenklich auch auf das Singularvermächtniß zu erstrecken. So l. 23 §. 3 D. ad Sc. Treb. 36, 1. Sed et ipse si quem sumptum fecit in res hereditarias, detrahet. Ferner l. 20 §. 2 eod. Qui in distrahendis conservandisve rebus hereditariis sumptus factus est, imputari heredi debet. Das „imputari heredi" hat schon bei den Glossatoren Zweifel und Meinungsverschiedenheiten veranlaßt. Es scheint aber nicht fraglich zu sein, daß damit ein Ersatzanspruch des Erben anerkannt werden soll. Vgl. Schulting notae ad Digest. in h. l. und die dort Citirten. Wie ja auch der deutsche Ausdruck „in Rechnung stellen", „verrechnen" doppelsinnig ist. Der Erbe kann die Auslagen von dem Betrage der Erbschaft in Abzug bringen. Am leichtesten käme man um die Schwierigkeit herum, wenn man mit Th. Mommsen ad h. l. lesen dürfte „hereditati", wogegen aber der sog. Tipucitus spricht.

Vermächtnißnehmer hat beim Tode des Erben Anspruch auf Herausgabe des neu gebauten Hauses, weil das Vermächtniß weder durch die Zerstörung des Gebäudes nach dem Tode des Erblassers — da doch die area noch bleibt —, noch durch die Errichtung eines neuen Gebäudes auf dem bisherigen Platze aufgehoben wird;[2]) 2) er muß aber nach billigem Ermessen die Baukosten, — jedoch mit Berücksichtigung des Alters des Gebäudes — dem Erben erstatten.

In betreff des Sinnes der Entscheidung gehen die Auffassungen auseinander.[3]) Offenbar liegt der Entschei-

2) l. 22 D. de legat. I — insula legata, si combusta esset, area possit vindicari. Diese Stelle gehört freilich insofern nicht hierher, als sie von der Zerstörung des Hauses bei Lebzeiten des Erblassers handelt; um so unzweifelhafter ist aber der Fortbestand des Vermächtnisses, wenn das Haus nach dem Tode desselben abbrennt. Vgl. l. 21 i. fi. D. de her. vend. 18, 4 — aream tradere debet exusto aedificio. l. 98 §. 8. D. de solut. 46, 3 l. 49 D. de R. V. 6, 1. Anders müßte die Entscheidung lauten, wenn ein Bauplatz vermacht wäre, auf welchem dann der Erbe ein Gebäude aufgeführt hat. Hier könnte der Vermächtnißnehmer immer nur auf Leistung des Bauplatzes klagen. Das gilt im justinianischen Recht freilich nur noch in dem Falle, wenn der Bauplatz nicht dem Erblasser gehörte, denn sonst würde der Vermächtnißnehmer als Eigenthümer des Platzes auch das vermachte Gebäude in Anspruch nehmen können. Vgl. S. 428. Anm. 4.

3) Man hat an dem „aetatibus“ nicht ganz mit Unrecht Anstoß genommen. Forster de succ. ab intest l. III. c. 20 setzt dafür „statibus“, eine Conjectur, die auch bei Wissenbach disput. ad Pandect. ad tit. de legat. I. §. 20 sich findet, Th. Mommsen ad h. l. annehmbar zu sein scheint und von Windscheid Pand. III. §. 649 Anm. 1 einfach acceptirt wird. Diese Conjectur wird aber von Schulting ad h. l. mit einem lakonischen „male“

dung der Gedanke zu Grunde, daß durch das festzusetzende Maß des Ersatzes der Vermächtnißnehmer ebensowenig wie der Erbe benachtheiligt werden soll, daß vielmehr eine gleichmäßige Vertheilung der Baukosten auf beide stattfinden müsse. Dabei kommt nun vor Allem das Alter des Gebäudes in Betracht. Angenommen, daß das vom Erben wieder aufgebaute Haus bei seinem Tode 30 Jahre gestanden hatte, so würde doch der Vermächtnißnehmer beim vollen Ersatz der Baukosten schlechter gestellt sein, als wenn er jetzt selbst das Gebäude neu errichtete, da, abgesehen von der natürlichen Abnutzung durch die Bewohnung, ein neues Gebäude doch Aussicht auf längeren Bestand hat und weniger Unterhaltungskosten erfordert, als ein altes.[4]) Man sollte nun freilich meinen, daß es näher liegen würde, den von dem Vermächtnißnehmer zu leistenden Ersatz auf den

und von Bynkershoek in der Gebauer-Spangenberg-schen Digestenausgabe mit der Bemerkung: „quod ne quidem latinum est" zurückgewiesen. Der Ausdruck status aedificii in der Bedeutung von gegenwärtigem baulichem Zustande möchte auch wohl kaum vorkommen; in l. 11 pr. §. 2 D. de S. P. U. 8, 2 bezeichnet er die äußere Gestalt und Einrichtung. In der That scheint auch jede Aenderung des handschriftlich überlieferten aetatibus überflüssig; vgl. insbesondere Fornerius select. I. c. 2 (in Ottonis thesaur. tom. II p. 7) und ihm beistimmend Otto praef. tom. II p. 3, Heineccius bei Brissonius de verb. signif. h. v. §. 6. Nicht unmöglich wäre es übrigens, daß der Satz „et aedificiorum aetatibus examinatis" Glossem oder Interpolation ist.

4) Gegen die ganz eigenthümliche von Cujacius observ. VI. c. 3 XVIII. c. 38, Recitat. in tit. D. de legat. I. und insbesondere in l. IX Respons. Papin. ad h. l. mit großer Lebhaftigkeit vertretene Ansicht, daß „aetas" in unserer Stelle in der Bedeutung von „quantitas, mensura, magnitudo" zu nehmen sei, vgl. Fornerius und Otto l. c.

gegenwärtigen Werth des Hauses festzustellen. Wenn Papinian dies nicht thut, so hat er dafür einen guten Grund. Denn einmal ist der Werth selbst ein schwankender, und es wäre ja leicht möglich, daß er augenblicklich den Betrag der Baukosten erheblich überstiege oder auch hinter demselben zurückbliebe. Sodann wäre diese Veranschlagung nicht wohl mit dem Grundsatze vereinbar, daß der Belastete an sich nicht für die durch ordnungsmäßigen Gebrauch herbeigeführte Abnutzung der vermachten Sache aufzukommen habe. Also er muß sich die eigene Nutzung des Gebäudes bei Lebzeiten auf die Baukosten mit verrechnen und insoweit dieselben selbst tragen. Wie dies zu machen, darüber entscheidet das billige Ermessen des Richters auf Grund sachverständiger Schätzung.[5]) Setzen wir den Fall, daß die jährliche aus der Nutzung des Gebäudes zu berechnende Amortisationsquote für das Baukapital 1 Prozent desselben betrüge, so würde, wenn der Erbe es 30 Jahre vor seinem Tode wiederaufgebaut hätte, der Vermächtnißnehmer $^{7}/_{10}$ der Baukosten zu erstatten haben.[6])

Der Erbe hat nun für seinen Ersatzanspruch zunächst bloß ein Retentionsrecht an der vermachten Sache. Er kann denselben aber auch, wenn er aus Irrthum oder Vergeßlichkeit sich auf ihn zu berufen versäumt hat, mittelst

5) Wohl nicht ganz übereinstimmend Windscheid a. a. O.

6) Der Erbe kann dagegen nicht etwa geltend machen, daß wenn das vermachte Haus nicht abgebrannt wäre, es doch um 30 Jahre älter und durch die Zeitdauer und die Benutzung verschlechtert auf den Vermächtnißnehmer gekommen wäre, und daß derselbe mithin die vollen Baukosten zu ersetzen hätte. Denn er war ja zum Wiederaufbau gar nicht verpflichtet, und er hat ihn doch auch im eigenen Interesse ausgeführt.

condictio indebiti geltend machen. So lehrt die zwischen die angeführten Stellen eingeschobene l. 60 eod.:

Julianus l. 39 Digest. — Quodsi nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit.

Ob der Belastete freiwillig oder infolge rechtskräftigen Urtheils die vermachte Sache herausgegeben hat, kann hier keinen Unterschied machen.[7])

7) Uebereinstimmend sagt Marcianus l. 40 §. 1 D. de cond. indeb. 12, 6. Si pars domus, quae in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem et eam heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat et, si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici quasi plus debito dederit. Es ist wahrscheinlich, daß l. 33 eod. in unmittelbarem Zusammenhange mit l. 60 cit. steht, und wir haben uns zwischen beide Stellen eine dem Inhalte der l. 40 §. 1 cit. (die vermuthlich auch ein Referat aus Julian enthält) entsprechende Erörterung eingeschoben zu denken. Schon daraus ergiebt sich, daß an einen Widerspruch zwischen l. 33 cit. und l. 60 cit. nicht im entferntesten zu denken ist. Es handelt sich eben hier und dort um ganz verschiedene Fälle; denn das Verhältniß des Erben zum Fideicommissar ist, wie Bekker Aktionen I. S. 108. Anm. 26 mit Recht bemerkt, ein anderes, als das des Besitzers zum Eigenthümer. Man hat sich früher viel vergebliche Mühe gemacht, den scheinbaren Widerspruch der in beiden Stellen enthaltenen Entscheidungen zu beseitigen; viel Beifall hat die von Cujacius l. c. aufgestellte, ganz verfehlte Lösung gefunden, wonach l. 33 cit. im Gegensatze zu l. 60 cit. und l. 40 §. 1 cit. von einer condictio certi handeln soll. Im Uebrigen wäre für das justinianische Recht zu bemerken, daß auch dann, wenn der Vermächtnißnehmer mit in rem actio geklagt hat, dem Belasteten im Falle der versäumten Geltend-

Schwierigkeit bereitet das zweite Responsum Papinians. Nach dem uns überlieferten Texte würde der hier erörterte Fall in einem zweifachen Gegensatze zu dem in dem ersten Responsum entschiedenen stehen. Nämlich dort handelt es sich um den Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes, hier um Reparaturen. Ferner während dort der Erbe die Kosten des Baues bestritten hat, ist hier die Verwendung durch den Legatar erfolgt. Aber freilich ist dies gerade streitig, ob hier wirklich eine durch den Legatar ausgeführte Reparatur in Frage steht. Man hat durch Textänderung zu helfen gesucht. So emendirt Cujacius:[8]) domu legata necessario factos, und Th. Mommsen schlägt vor zu lesen: domu necessario factos legatario petenti legatum.[9]) Dagegen erhebt sich aber das Bedenken, daß der handschriftliche Text in dem sog. Tipucitus eine bedeutende Stütze findet.[10])

Verwirft man jene Conjectur, so fragt es sich, wie der Fall zu gestalten ist. Der Gedanke, daß dem Legatar der Betrag der von diesem während Schwebens der Bedingung gemachten Verwendungen bei der Einforderung des Vermächtnisses arbitrio iudiciis angerechnet d. h. doch wohl — denn Abzug wäre absurd[11]) — erstattet werden

machung des Retentionsrechtes, doch noch eine condictio (possessionis) zuständig ist. Vgl. Smallenburg bei Schulting not. ad Dig. in l. 40 §. 1 cit.

8) Recit. in l. IX Resp. Papin. und in tit. D. de legat. I. ad h. l.

9) Statt necessarios zu lesen necessario, scheint übrigens kein Grund vorzuliegen.

10) Basil. 44, 1. 58. (IV. p. 338): αὐτὸς ὁ ληγατάριος .. ἐδαπάνησεν. Auch Windscheid a. a. O. spricht sich gegen jene Conjectur aus.

11) So gleichwohl Accursius in Gl. „sumptus" ad h. l. und Vivianus im Casus ad h. l.

müßte,[12]) ist doch (ganz abgesehen davon, daß es sich in der ganzen Stelle nur um Retention und Deduktion handelt) so ungeheuerlich, daß man schon keine darauf bezügliche Anfrage voraussetzen und noch weniger Papinian ein einen solchen Anspruch in der Form, wie er es thut („existimo“), zurückweisendes Responsum zumuthen darf.[13]) Es bleibt somit, wenn man an dem überlieferten Text festhalten muß, also für das justinianische Recht nur übrig, die Stelle von einem dem Legatar selbst wieder auferlegten bedingten Vermächtnisse zu verstehen.[14]) Dagegen ließe sich allerdings mit Recht geltend machen, daß die Stelle so an innerem Zusammenhange einbüßt, indem von der Entscheidung des einen Falles auf einen ganz anderen abgesprungen wird. Jedenfalls würde beim supponirten Falle sich aus der Stelle derselbe Grundsatz, wie bei Annahme der vorhin erwähnten Emendation ergeben, nämlich daß der Belastete, da er in der Zwischenzeit den Vortheil von der vermachten Sache hat, Erstattung der auf die Instandhaltung derselben gemachten regelmäßigen Verwendungen, also der ordentlichen Unterhaltungskosten nicht verlangen könne.

Bedenklich bleibt freilich die Fassung der Stelle immerhin; und wenn sich auch an dem Text in der Compilation nichts ändern läßt, so wird man doch sagen müssen, daß Papinian selbst so incorrect kaum sich ausgedrückt haben wird. Vermuthlich ist der Zusatz „a legatario“ (und entsprechend auch das hinter petenti stehende ei) ein

12) So Rogerius in Gl. „necessarios“ ad h. l.

13) Ein solcher Anspruch des Legatars wäre überhaupt nur in der Weise denkbar, daß derselbe diese Verwendungen dem Erstattung der Baukosten verlangenden Erben in Gegenrechnung stellte.

14) So Gordon praeterm. iur. civ. c. 17 (Otto, thesaur. II p. 887).

bloßes, auf Mißverständniß des in dem Satze der l. 58 und l. 61 enthaltenen Gegensatzes beruhendes altes Glossem, welches in den Text übergegangen und so von den Compilatoren mit aufgenommen ist.[15])

Zum Theil gehört auch hieher l. 32 §. 5 D. de usufr. leg. 33, 2:[16])

Scaevola l. XV. Digest. — Lucius Titius testamento suo Publio Maevio fundum Tusculanum reliquit eiusque fidei commisit, uti eiusdem fundi partem dimidiam ususfructus[17]) Titiae praestaret; Publius Maevius villam vetustate corruptam cogendis et conservandis fructibus necessariam aedificavit: quaero an sumptus partem pro portione ususfructus Titia adgnoscere debeat. Respondit, si priusquam usumfructum praestaret, necessario aedificavit, non alias cogendum restituere, quam eius sumptus[18]) ratio habeatur.[19])

Dem Nießbraucher liegt bekanntlich die Verpflichtung ob, die Sache zu unterhalten; zur Wiederherstellung baufällig gewordener Gebäude ist er aber nicht verbunden und

15) Dagegen legt Lenel palingenesia I. p. 923 den Compilatoren eine Interpolation zur Last, indem Papinian statt „a legatario" geschrieben hätte „ab eo".

16) Fast wörtlich wiederholt von Paulus l. 50 D. de usufr. 7, 1.

17) In l. 50 cit. steht: partis dimidiae usumfructum. Beides kommt auf dasselbe hinaus, s. Windscheid Pand. I §. 205 Anm. 7. Vgl. l. 4 l. 6 §. 1 D de usufr. adcr. 7, 2.

18) Th. Mommsen schiebt in der l. 50 cit., aber nicht in dieser Stelle, ein ut ein.

19) Sehr dürftig sind die Bemerkungen von Cujacius recitt. in tit. D. de usufr. leg. ad h. l.

ebensowenig ist es der Proprietar.[20]) Wenn nun der Erbe das verfallene unentbehrliche Wirthschaftsgebäude wieder aufge-

20) l. 7 §. 2 D. de usufr. 7, 1. vgl. l. 65 eod. Gelegentlich mag zur l. 7 §. 2 cit. bemerkt werden, daß dieselbe durch ein Versehen der Compilatoren, kaum erst später (denn s. das Citat des Stephanus ad l. 65 cit. Basil. XVI. 1. Sch. 120. Suppl. ed. Zachariae a Lingenthal. p. 90) in Unordnung gerathen zu sein scheint. Wenn es dort heißt Celsus scribit Celsus l. 18 digestorum, so ist das zweite Celsus schwerlich mit Brenkmann und Th. Mommsen zu streichen. Haloander streicht das erste Celsus und setzt scribit hinter digestorum. (Dies zur Berichtigung der Note in der Kriegelschen Ausgabe). In der Florentina beginnt mit dem zweiten Celsus ein neuer Satz; ob auch ein neuer Absatz, ist aus Mommsens not. 10 nicht zu erkennen, dagegen spricht aber der Abdruck in der ed. Taurell. Die Vulgathandschriften lassen mit hactenus eine neue Stelle (l. 8) anfangen. Es kann wohl nicht fraglich sein, daß der Satz: hactenus — uti ein unmittelbares Excerpt darstellt, welches mit der Inscriptio Celsus l. 18 digest. als selbständiges Fragment aufgenommen werden sollte. Daß er nicht als ein Referat Ulpians aufzufassen ist, ergiebt sich klar aus dem weiteren Fortgange der Stelle, wo derselbe mit den Worten: Unde Celsus .. genau dasselbe referirt. Der Satz Unde Celsus . . reihte sich in der Erörterung Ulpians unmittelbar an den mit den Worten: cogi Celsus scribit schließenden Satz. Das selbständige Excerpt aus Celsus l. 18 digest., durch welches Ulpians Auseinandersetzung unterbrochen wird, ist nur aus Versehen in das Referat des letzteren (mit Aenderung der direkten in die indirekte Rede) eingeschoben worden. Dürften wir die Compilatoren corrigiren, so müßten wir dieses Excerpt als l. 8 einstellen und unter Wiederholung der Inscriptio Ulpian. l. 17 ad Sabin. mit: Unde Celsus die l. 9 beginnen lassen. Richtiger hätten die Compilatoren aber bei der Schlußredaktion das Excerpt aus Cels. l. 18 dig. streichen müssen. Vgl. übrigens auch Gebauer in der Göttinger Ausgabe des corp. jur. zu dieser Stelle.

baut hat, so soll er von dem Legatar, welchem der Nießbrauch hinterlassen ist, verhältnißmäßigen Ersatz der Kosten verlangen können. Auch hier ist der zu ersetzende Betrag nach billigem Ermessen mit Rücksicht darauf festzustellen, daß der Erbe als Proprietar des Grundstückes die Anlage zugleich im eigenen Interesse gemacht hat,[21]) da der Nießbrauch früher oder später nothwendig ein Ende erreicht. Das ist in der Stelle zwar nicht ausdrücklich gesagt[22]), aber es folgt aus allgemeinen Grundsätzen. Denn angenommen der Nießbraucher hätte den Bau errichtet, so würde er doch bei Restitution des Grundstückes einen verhältnißmäßigen Theil der Kosten dem Proprietar in Rechnung stellen können. Die Gleichheit erfordert nun ebenso auch eine angemessene Vertheilung des Betrages der Verwendung im umgekehrten Falle. Es würde mithin die eine Hälfte der Baukosten einzig dem Erben zur Last fallen, was die andere Hälfte anbetrifft, so findet hinsichtlich des Ersatzes eine ausgleichende Berechnung statt und die faktischen Schwierigkeiten,

21) Wenn in l. 48 pr. D. de usufr. 7, 1. der Proprietar „tametsi sibi in futurum prospiceret“, doch den vollen Betrag der Verwendung mit act. negotiorum gestorum (da die Verwendung nach Begründung des Nießbrauches erfolgt ist) von dem Nießbraucher soll beanspruchen können, so hat dies seinen Grund darin, daß die refectio insulae, um die es sich dort handelt, einzig dem letzteren obliegt. In dem Falle der l. 32 §. 5 cit. würde der Erbe, wenn bei bereits bestehendem Nießbrauch der Bau stattgefunden hätte, seinen Ersatzanspruch nur mit act. communi dividundo geltend machen können.

22) Es darf aber doch nicht unbeachtet bleiben, daß es in der Anfrage nicht heißt: „sumptus partem dimidiam“, sondern „pro portione ususfructus“, und in der Antwort einfach erklärt wird „eius sumptus ratio habeatur“, wobei viri boni arbitratu hinzuzudenken ist.

die sich aus der ungewissen Dauer des Nießbrauches ergeben, würden durch entsprechende Cautionen erledigt werden müssen.

Dies ist nun das ganze Quellenmaterial über den Ersatz der vom Belasteten gemachten Verwendungen auf die vermachte Sache; und es ist gewiß dürftig genug. Wir werden daher versuchen müssen, aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen die im einzelnen Falle zur Anwendung zu bringenden Regeln zu gewinnen. Dabei wird man einestheils hinsichtlich der Art der Verwendungen unterscheiden und anderentheils die Beschaffenheit des Vermächtnisses jedesmal in Betracht ziehen müssen. Maßgebend ist hier aber immer das arbitrium boni viri, nach welchem die Frage, ob überhaupt und in welchem Umfange im einzelnen Falle die Auslagen dem Belasteten zu erstatten seien, beantwortet werden muß.

Da der Belastete auf die Bewahrung und Erhaltung der vermachten Sache im Interesse des Vermächtnißnehmers angemessene Sorgfalt anzuwenden verpflichtet ist, so folgt daraus, daß er im Prinzip auch Ersatz der auf die Instandhaltung der Sache gemachten Verwendung verlangen kann, durch deren Versäumung er sich selbst verantwortlich machen würde.[23]) Im Uebrigen aber wird es

23) Ueber den Begriff der impensae necessariae überhaupt vgl. Glück in dem Comment. Th. 27. S. 380 fg. Man kann sie definiren als die zur Erhaltung der Sache in dem ihrer ökonomischen Bestimmung entsprechenden Zustande erforderlichen Verwendungen. Insbesondere über Neubauten und Wiederherstellung zerstörter Gebäude, s. Anm. 26. Es darf übrigens nicht unbeachtet bleiben, daß zu den nothwendigen Verwendungen beim Vermächtniß einer Nachlaßsache auch zu rechnen ist, was der Erbe behufs Erhaltung des Rechtes an der Sache (wie durch Abfindung des redlichen Erwerbers derselben, unter Um-

darauf ankommen, ob das Vermächtniß unter einer Bedingung oder Befristung oder frei von einer solchen hinterlassen ist.[24])

Bleiben wir beim ersten Falle stehen, so ist hier, ebenso wie bei Impensen auf Dotalsachen, die Unterscheidung von außerordentlichen und ordentlichen oder gewöhnlichen Verwendungen am Platze. Nur hinsichtlich der ersteren, nicht der letzteren, die regelmäßig aus dem Ertrage der Sache zu bestreiten sind oder durch die Nutzung derselben aufgewogen werden, kann ein Ersatzanspruch in Frage kommen.[25])

ständen auch des Pfandgläubigers, Rückkauf derselben, Befreiung von der Noxalhaftung) geleistet hat. Vgl. S. 346.

24) Roßhirt a. a. O. I. S. 483 unterscheidet bedingte und unbedingte oder befristete Vermächtnisse (einschließlich der bei dem Tode des Erben zu entrichtenden), indem bei ersteren die nothwendigen Verwendungen dem Legatar überhaupt nicht angerechnet werden sollen. Brinz Pand. 1. Aufl. II. S. 948 meint, daß in den Quellen „überhaupt nur vom Ersatze nothwendiger Auslagen die Rede sei." Ebenso spricht Sintenis Civilrecht III. §. 214 bloß von „nothwendigen Verwendungen und Kosten zur Erhaltung und Wiederherstellung" des Vermächtnißgegenstandes. Richtiger dehnt Wening-Ingenheim Civilrecht III. §. 528 die Ersatzpflicht aus auf die „nicht zum gewöhnlichen Aufwande gehörigen nothwendigen und nützlichen Verwendungen." Auch von Schweppe-Mejer III. §. 904. S. 316 wird ein Ersatzanspruch hinsichtlich der „Unkosten, welche auf Erhaltung und Verbesserung der vermachten Sache zwar nothwendiger, aber außerordentlicher, oder nur nützlicher Weise verwandt sind," anerkannt. Ueberhaupt aber wird die ganze Frage von den Neueren nur obenhin berührt.

25) Insbesondere l. 15 vgl. l. 12. 13. l. 3 §. 1 D. de impens. 25, 1. l. 7 §. 16 D. sol. matr. 24, 3. Vgl. Glück a. a. O. S. 388 fg. Czyhlarz Dotalrecht §. 78.

Was insbesondere Neubauten und die Wiederherstellung zerstörter Gebäude anbetrifft, so können dieselben je nach den obwaltenden Umständen bald als nothwendige, bald als bloß nützliche Verwendungen oder nicht einmal als solche sich darstellen.[26]) Es kommt immer darauf an, ob die Benutzung der Sache, ihre Erhaltung im odentlichen wirthschaftlichen Zustande durch den Bau bedingt war oder nicht. So kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Aufbau von Wirthschaftsgebäuden, Fabrikgebäuden, Werkstätten, ja auch Wohnhäusern unter die Kategorie der impensae necessariae fällt, vorausgesetzt, daß derselbe durch den landwirthschaftlichen, Fabrik- oder Gewerbebetrieb auf dem Grundstücke erfordert wird. Eben dahin würde auch die Errichtung von wirthschaftlichen Nebengebäuden bei einem Miethshause gehören, wenn dies ohne dieselben nicht vermiethet werden kann. Anders verhält es sich aber, wenn ein Wohnhaus als solches vermacht ist und der Erbe, nachdem es völlig abgebrannt oder eingestürzt war, an seiner Stelle ein neues errichtet. Denn da nach der Zerstörung des Gebäudes die area Gegenstand des Vermächtnisses geworden war, kann der Neubau nicht als eine zur Erhaltung desselben nothwendige, sondern nur als nützliche Anlage behandelt werden.[27])

26) S. einerseits l. 1 §. 3 D. de impens. 25, 1. l. 7 §. 16 D. sol. matr. 24, 3 vgl. l. 9 §. 1 D. de N. G. 3, 5; andererseits l. 6 D. de impens. l. 79 §. 1 D. de V. S. 50, 16. Vgl. Glück a. a. O. S. 383. 393 Anm. 45. S. 429 fg.

27) Anders natürlich bei theilweiser Zerstörung des Gebäudes, insoweit die Wiederherstellung zur Erhaltung desselben in benutzbarem Zustande erforderlich ist. Im Einzelnen wird hier freilich immer das Ermessen des Richters nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden haben.

Entscheidend ist hier immer das Prinzip, welches Paulus in l. 4 D. de impens. 25, 1 für die Verwendungen auf Dotalsachen formulirt: Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri. Die nach diesem Prinzip festzustellende Unterscheidung von impensae necessariae und utiles erweist sich dann von großer Bedeutung, wenn die betreffende Anlage später zu Grunde geht. Denn fällt sie unter den Gesichtspunkt der nothwendigen Verwendung, so erfordert die Consequenz, daß ihr Betrag dennoch ersetzt werden muß,[28]) während von einer Erstattung der nützlichen Verwendung hier nicht die Rede sein könnte. Dies ist gerade bei der uns gegenwärtig interessirenden Frage in betreff des Anspruches des belasteten Erben von Wichtigkeit; denn das kann nach l. 58 cit. nicht in Abrede gestellt werden, daß der Erbe auch Erstattung der außerordentlichen nützlichen Verwendung vom Legatar verlangen kann, soweit deren Betrag nicht durch den erhöhten Ertrag oder Nutzen der Sache in der Zwischenzeit aufgewogen wird. Es entspricht dies auch vollkommen dem Willen des Erblassers. Denn wenn derselbe den Erben einige Zeit im Genusse der vermachten Sache lassen wollte, so darf man annehmen, daß dieser auch befugt sein sollte, solche Anlagen nicht bloß auf eigene Rechnung zu machen, die den Ertrag oder die Nutzbarkeit der Sache steigern, vorausgesetzt natürlich, daß sie den Grundsätzen einer rationellen Nutzung derselben entsprechen.

Dem bedingten und befristeten Vermächtniß gleich muß auch dasjenige behandelt werden, welches einer noch nicht

28) So fährt Paulus l. 4 cit. weiter fort: — factarum ratio habetur, etsi res male gesta est . . itaque si fulserit insulam ruentem eaque exusta sit, impensas consequitur.

geborenen Person, oder einer solchen, deren Individualität erst durch einen zukünftigen Umstand bestimmt wird, hinterlassen ist. Ebenso natürlich das erst beim Ableben des Belasteten zu entrichtende Vermächtniß.

Anders steht es beim unbedingten und unbefristeten Vermächtniß. Da uns hier jedes Quellenzeugniß fehlt, können die aus der Natur des Vermächtnisses und dem Charakter der Verwendung abzuleitenden Rechtssätze keineswegs Anspruch darauf erheben, als völlig sichere zu gelten.[29])

Um mit den nothwendigen Verwendungen zu beginnen, so wird der Belastete allemal deren Erstattung fordern können, jedoch mit Ausnahme der ordentlichen und regelmäßigen, da und insofern diese durch den von der Sache gezogenen Ertrag oder den Werth der Nutzung der Sache aufgewogen werden.[30]) Wenn nun aber der Belastete in Verzug geräth oder überhaupt der Fall vorliegt, an dem sich, wie wir früher (S. 511) gesehen haben, der Eintritt einer eigentlichen mala fides — und damit zugleich der Prästationspflicht hinsichtlich der Früchte — knüpft, so kann ein Ersatz für die ordentlichen Verwendungen auf die vermachte Sache selbst dann nicht beansprucht werden, wenn dieselbe dem Belasteten keinen Ertrag oder keine Nutzung

29) Die Sache wäre freilich ganz einfach, wenn man den Erben nach klassischem Rechte beim Vindicationslegat und nach justinianischem beim Vermächtniß einer Nachlaßsache schlechthin als malae fidei possessor behandeln dürfte; s. aber oben S. 506 fg.

30) Vgl. die Stellen in Anm. 25, namentlich l. 7 §. 16 D. sol. matr. 24, 3. Der Umstand, daß der Nutzen des Vermächtnißgegenstandes als ein rein zufälliger, infolge der negligentia petentis erwachsener Gewinn für den Belasteten anzusehen ist, kann einen Ersatzanspruch wegen der ordentlichen impensae natürlich nicht rechtfertigen.

gewährt hat. Durch die ungerechtfertigte Vorenthaltung der Sache und Anmaßung des Besitzes derselben werden hier vielmehr diese Verwendungen ausgeglichen.[31])

Hinsichtlich der utiles impensae könnte man geneigt sein, auf den Erben im klassischen Rechte beim Vindicationslegat, im neueren beim Vermächtnisse einer Erbschaftssache den Satz anzuwenden: „de se queri debet, qui sciens in rem alienam impendit."[32]) Dem steht aber doch einer-

31) Z. B. das vermachte Haus, auf welches dergleichen Verwendungen gemacht sind, war nicht vermiethbar und konnte auch nicht vom Belasteten durch eigene Bewohnung genutzt werden. Vorzugsweise kämen hier aber keinen Ertrag gewährende Sachen in Betracht. So würde hier der Erbe z. B. nicht die Erstattung der Futterkosten für ein vermachtes Reitpferd oder einen Luxushund, welche er selbst dem Legatar vorenthält, fordern können. Eben dahin gehören die Unterhaltungskosten für einen Lustgarten u. dgl. m. Dies gilt bei den auf Restitution gerichteten Obligationen in allen Fällen einer Mora überhaupt. Handelt es sich um eine fruchttragende Sache, so ist dagegen der Betrag der Verwendungen von dem Werthe der zu restituirenden Früchte in Abzug zu bringen.

32) Paul. l. 38 D. de H. P. 5, 3. Uebrigens folgt aus dieser Stelle und der folgenden l. 39 (Gaius) noch keinesweges so sicher, daß der malae fidei possessor bei der hereditatis petitio im Gegensatze zur rei vindicatio ein Retentionsrecht wegen eigentlicher impensae utiles und nicht bloß wegen necessariae habe. Man hat diese Differenz allgemein wohl als anstößig empfunden, aber nicht zu erklären vermocht; vgl. Francke Comment. über den Tit. de heredit. petitione S. 387 fg. Ja Pernice Labeo II. S. 122 vgl. S. 179 meint, daß „Erwägungen unjuristischer Natur diese Besonderheit veranlaßt" hätten. Wenn man aber den Zusammenhang der l. 38 cit. mit l. 37 §. 5 eod. und die von Gajus in l. 39 eod. für „impensae utiles necessariaeque" angeführten Beispiele (vgl. l. 1 §. 3 —

seits wieder der schon öfters hervorgehobene Umstand entgegen, daß das Eigenthum der vermachten Sache bis zur

l. 3 pr. l. 14 pr. l. 15 D. de impens. 25, 1. l. 9 §. 2 D. de reb. auct. iud. 42, 5. l. 27 §. 5 D. de R. V. 6, 1.) beachtet, so wird eine andere Interpretation der l. 38 nahegelegt sein. Paulus scheint nämlich in dieser Stelle — im Gegensatze zu Sabinus, welcher nur ein Deduktionsrecht hinsichtlich der auf die Fruchtziehung verwendeten Kosten anerkennt, — dem unredlichen Erbschaftsbesitzer ein Retentionsrecht einzig wegen impensae necessariae und zwar nicht schlechthin, sondern nur insofern sie auch für den Kläger überhaupt und noch jetzt utiles sind, zu gewähren; keineswegs aber wollte er ihm ein solches auch in betreff der impensae utiles an und für sich in dem gleichen Umfange, wie dem bonae fidei possessor bei der rei vindicatio, zusprechen. Aus der Begriffsbestimmung der impensae necessariae (Ulpian. VI. 15. l. 79 pr. D. de V. S. 50, 16. l. 14 pr. D. de impens. 25, 1. — l. 1 §. 1 l. 4 eod.) könnten nämlich leicht Zweifel hervorgehen. Jedenfalls ist es möglich, daß Verwendungen, die unter jenen Begriff fallen, für den Kläger unvortheilhaft (non utiles) sind: sei es daß die Sache die ihre Erhaltung bezweckenden Auslagen überhaupt nicht werth war (l. 9 §. 1 D. de N. G. 3, 5 vgl. l. 1 §. 3 D. de impens.), sei es daß die Anlage oder die Sache selbst, auf welche die Verwendung gemacht wurde, später zu Grunde geht. In einem solchen Falle ist dem unredlichen Besitzer kein Ersatzanspruch zuständig, so daß der Kläger die objectiv nothwendige Verwendung nur, soweit er jetzt noch von derselben einen Vortheil hat, also bloß bis zum Betrage der Bereicherung anzuerkennen hat: „non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere". Aehnlich auch Cujacius ad h. l. in recitt. in l. 20 Pauli ad edict., vgl. Vinnius comment. in Instit. II. 1. §. 30 nr. 5. Darin darf man übrigens keine Singularität der hereditatis petitio finden, derselbe Grundsatz wird vielmehr auch bei der rei vindicatio Anwendung finden müssen. Ja hier hat auch der bonae fidei possessor nicht

Erklärung des Legatars effektiv ein unentschiedenes ist. Andererseits spricht dagegen die Erwägung, daß der Be-

hinsichtlich aller und jeder impensae necessariae ein Retentionsrecht, sondern nur soweit ein Nutzen von denselben noch übrig ist. Also einerseits hat er keinen Anspruch, wenn die Verwendung eine vergebliche geblieben ist, sei es daß der Erfolg derselben nicht eintrat, sei es daß die gemachte Anlage oder der Gegenstand selbst, auf welchen die Verwendung stattgefunden hatte, später zufällig zu Grunde gegangen ist; andrerseits braucht ihm der Vindicant höchstens den gegenwärtigen Werth der Sache zu erstatten, sollte auch der Betrag der Verwendungen ihn übersteigen. Das wird meistens übersehen, oder wenigstens nicht hervorgehoben, indem man nur bei den utiles impensae jenen Grundsatz ausspricht. (S. aber freilich Donellus comment. XX. c. 7. nr. 9. 10). Und doch liegt es in der Natur der Sache, ja scheint sich fast von selbst zu verstehen. Denn wäre der Besitzer in der That Eigenthümer, wofür er sich hielt und gerirte, so würde er doch eben so weit selbst den Schaden, d. h. die Kosten der nutzlosen Verwendung zu tragen haben. Man setze den Fall, daß der redliche Besitzer eines Hauses ein neues Dach aufsetzt, oder der Besitzer eines Landgutes baufällige Stallungen renovirt oder ein zum Betriebe der Wirthschaft nothwendiges Gebäude errichtet, und dieses Dach oder die Gebäude infolge Blitzschlages abbrennen. Hier kann er wegen der nothwendigen Verwendung kein Retentionsrecht ausüben. Es wäre ja auch auffallend, wenn er die Kosten auf den Vindicanten sollte abwälzen können, während er doch als Eigenthümer, der er zu sein glaubte, den Aufwand aus eigenem Vermögen ohne Erfolg gemacht hätte. Die Singularität bei der hereditatis petitio besteht eben und einzig darin, daß der redliche Besitzer wegen aller Verwendungen Ersatz verlangen kann, und sie erklärt sich daraus, daß derselbe nicht über die Bereicherung hinaus haften soll, so wie daraus, daß der Gegenstand der Klage hier nicht eine einzelne Sache, sondern ein Vermögensinbegriff ist.

lastete ja möglicherweise im Hinblicke auf den Vermächtnißnehmer, also als negotiorum gestor desselben die Verwendung machen konnte. Das ist klar, daß, wenn nach der Annahme des Vermächtnisses derartige Verwendungen vorgenommen werden, ein Ersatz für dieselben immer nur

Ganz anders verhält es sich in den Fällen, wenn auf Seiten des Beklagten eine rechtliche Verpflichtung zur Instandhaltung der Sache besteht, wie beim Ehemann hinsichtlich der Dotalsachen. Da derselbe sich hier durch Unterlassung der impensae necessariae verantwortlich macht, so kann er auch stets Erstattung derselben verlangen, selbst wenn ein Nutzen von denselben nicht mehr vorhanden ist; wobei auch wieder mit in Betracht kommt, daß das Objekt der Dotalklage eine universitas bildet. Anders ist es ferner bei der negotiorum gestio, wo der Geschäftsführer unter Voraussetzung eines utiliter gestum Ersatz selbst derjenigen impensae utiles beanspruchen kann, die von keinem bleibenden Erfolge begleitet gewesen sind; wie demselben ja auch die auf Bestellung des Feldes und die Aussaat gerichteten Auslagen erstattet werden müssen, selbst wenn keine Früchte gewachsen sind. Daß sich daraus keine allgemeine Regel für den Impensenanspruch überhaupt ableiten läßt, liegt auf der Hand. Man könnte vielleicht geltend machen, daß der malae fidei possessor, da er im Gegensatz zum redlichen Besitzer doch selbst für die Unterlassung nothwendiger Verwendungen dem Eigenthümer einzustehen hat, demnach auch Erstattung der erfolglosen impensae necessariae müßte beanspruchen können. Das wäre aber ein offenbarer Trugschluß; denn was der unredliche Besitzer mit der Sache vornimmt, thut er auf eigenes Risiko und der Satz „factarum (impensarum) ratio habetur etsi res male gesta est“ ist hier keineswegs zutreffend. Und stellt man in dem gleichen Falle den Anspruch des redlichen Besitzers in Abrede, so wird man einen solchen doch nicht dem unredlichen Besitzer einräumen können.

gemäß den Grundsätzen der negotiorum gestio beansprucht werden könnte. Fraglich bleibt der Ersatzanspruch des Belasteten bloß hinsichtlich der Verwendungen der Zwischenzeit. Aber auch hier werden die Prinzipien der unbeauftragten Geschäftsführung maßgebend sein, so daß nur die im wohlverstandenen Interesse des Vermächtnißnehmers liegenden Verwendungen in Betracht kommen. Denn versetzen wir uns auf den Standpunkt des Belasteten, so kann derselbe doch, so lange Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses gleich ungewiß ist, Verwendungen, zu denen er rechtlich nicht verpflichtet ist, immer nur in dem Sinne und in der Absicht machen, entweder für sich selbst zu sorgen (ut sibi prospiceret) — für den Fall der Ablehnung —, oder das Interesse des Legatars wahrzunehmen (ut illum sibi obligaret) — für den Fall der Annahme des Vermächtnisses. Ist nun seine Absicht eine alternative, so liegt es auf der Hand, daß nur hinsichtlich der im letzteren Sinne erfolgten Verwendungen ein Ersatzanspruch begründet sein kann.

Nach zwei Seiten bedarf aber dieser Satz einer näheren Bestimmung. Zunächst wenn es einzig an dem belasteten Erben selbst liegt, daß keine Erklärung des Legatars über das Vermächtniß erfolgt; so wenn er das Vermächtniß verheimlicht oder unterdrückt. Dann wird von einem Anspruch auf Ersatz jener Verwendungen nicht die Rede sein können, da der Belastete sie lediglich im eigenen Interesse auf die vermachte Sache, als deren unredlicher Besitzer er dazu noch angesehen werden muß, gemacht hat. Sodann wenn der Legatar, nachdem an ihn seitens des Belasteten die Aufforderung, sich über das Vermächtniß zu erklären, und die Anzeige von der beabsichtigten Verwendung ergangen ist, in schuldhafter Weise die Erklärung verabsäumt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hier der Legatar zur Erstattung sämmtlicher Verwendungen ver-

pflichtet ist, da er sonst durch eigene Arglist auf Kosten des Belasteten einen ungerechtfertigten Gewinn machen würde.

Hatte endlich der Belastete von dem Vermächtniß keine Kenntniß, wie in dem Falle, wenn ein dasselbe anordnendes Codizill erst später entdeckt wird oder eröffnet werden soll, so muß ihm ein Retentionsrecht wegen aller Verwendungen, auch der impensae voluptariae eingeräumt werden. Sonst würde er ja durch die Willenserklärung des Erblassers selber Nachtheil erleiden. Es ist dies wohl am ehesten einleuchtend, wenn ein Legatar mit dem Vermächtnisse des ihm selbst hinterlassenen Gegenstandes belastet ist. Es trifft aber nicht weniger zu, wenn dem Erben das Vermächtniß auferlegt ist. Denn auch im letzteren Falle würde das Vermögen des Belasteten noch über den Betrag des Vermächtnisses hinaus vermindert werden, wenn er für die impensae voluptariae gar keinen und für die utiles nur bis zur Höhe der noch vorhandenen Werthserhöhung Ersatz verlangen dürfte. [33])

Dieselben Grundsätze finden übrigens in gleicher Weise Anwendung, wenn der Erblasser nicht eine ihm selbst, sondern dem Belasteten gehörige Sache vermacht hat, also bei der persönlichen Vermächtnißklage ebenso wie bei der dinglichen.

Man hat noch die Frage aufgeworfen, wie es sich

33) Es liegt das Verhältniß hier ganz anders, wie sonst, wo ein bonae fidei possessor dem Vindicanten gegenübersteht. Denn einerseits ist die irrige Meinung des Belasteten, daß er Eigenthümer der Sache sei bezw. sie behalten könne, durch die Art der Verfügung des Erblassers selbst hervorgerufen worden; andererseits leitet der Honorirte sein Recht aus der Zuwendung eben derselben Person des Erblassers ab.

mit den Kosten für diejenigen Anlagen an der vermachten Sache verhalte, die vom Erblasser begonnen und nach dessen Tode vom Erben ausgeführt worden sind. Hält man daran fest, daß Ersatz überhaupt nur für die erst nach dem Ableben des Erblassers auf Kosten des Erben gemachten Verwendungen gefordert werden darf, so kann die Beantwortung der Frage keine Schwierigkeit machen. Der Fall complicirt sich allerdings etwas, wenn der Erblasser bereits Verträge mit Lieferanten, Unternehmern, Arbeitern in betreff der Ausführung des Werkes geschlossen hatte, welche nun, sei es nach vollständiger Fertigstellung desselben, sei es während der Ausführung ratenweise befriedigt werden.[34]) Z. B. der Erblasser hat einen Bau, die Entwässerung eines Waldes durch Ziehung von Gräben, eine Drainage unternommen und bereits entweder die Ausführung im Ganzen in Verding gegeben, oder mit verschiedenen Personen einzelne Kauf- oder Dienstmietheverträge geschlossen, und stirbt nun, bevor das Werk begonnen ist oder indem es sich noch im Gange befindet, während das Grundstück selbst einem Dritten vermacht ist. Aber auch hier können Schwierigkeiten wohl kaum entstehen. Sicher haben die Contrahenten einzig Ansprüche gegen den Erben, der ihnen

34) Ein solcher Fall wird bei Leyser meditationes ad Pand. tom. VI. spec. 379. II. behandelt. Die Helmstädter Juristenfakultät entschied, daß die Schuld „aus der gemeinen Erbschaft" entrichtet werden müsse, da sie „für eine noch bei seinem (des Erblassers) Leben gemachte zu achten sei," mit einer ganz schiefen Argumentation aus l. 10 C. de locat. 4, 65. Dagegen machte M. G. Wernher lect. comment. ad l. 30 Dig. §. 27 (dem sich Müller promptuar. IV. p. 187 anschließt) geltend, daß die Zahlungen vom Legatar zu leisten seien, weil die merces erst nach Fertigstellung des Baues geleistet zu werden brauche und dann die Sache schon im Eigenthume des Legatars stehe.

aus den Verträgen des Erblassers haftet. Aber wegen der ihn treffenden Unkosten hat er, soweit die Verwendung in der Zeit nach dem Tode des Erblassers erfolgt ist,[35]) dem Legatar gegenüber ein Retentionsrecht, durch welches er entweder Ersatz der Auslagen oder auch Uebernahme seiner Verbindlichkeiten gegen jene Contrahenten mittelst Indemnitätspromission und Defensionscaution unter gleichzeitiger Abtretung der dem Erben aus den Contracten zustehenden Ansprüche erlangen kann. Hat der Erbe, ohne sein Retentionsrecht geltend zu machen, den Legatar in den Besitz der vermachten Sache gesetzt, so können die Contrahenten, wenn letzterer die Ausführung oder Fortsetzung des übernommenen Werkes nicht zuläßt, mit ihrem Interesseanspruch sich nur an den Erben halten, welcher jedoch dann vom Legatar Ersatz verlangen kann, wenn der Wille des Erblassers erhellt, daß dieser seine Verbindlichkeiten ersteren gegenüber übernehmen sollte. Gestattet jedoch der Legatar ausdrücklich oder stillschweigend die Vornahme oder Fortsetzung der vom Erblasser ausbedungenen Anlagen, so ist er damit in den Contract desselben eingetreten und haftet so, als ob er ihn selbst geschlossen hätte. Alles das gilt aber nur in dem Falle, wenn es nicht der, aus den Umständen zu ermittelnde, Wille des Erblassers ist, daß der Erbe selbst die Kosten der Fertigstellung des Werkes tragen solle.

Was endlich die auf dem vermachten Grundstücke lastenden Abgaben, Grundzinsen, Reallasten u. dgl. anbetrifft, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sie bis zum Erwerbe des Vermächtnisses von dem mit demselben

35) Es muß mithin der Betrag der Verwendungen auf die Zeit vor und nach dem Ableben des Erblassers vertheilt werden. Andererseits kann der Erbe wegen des vom Erblasser dem Unternehmer u. s. w. etwa geleisteten Vorschusses dem Vermächtnißnehmer nichts in Rechnung stellen.

Beschwerten zu entrichten sind, und der Legatar kann, wenn er als Eigenthümer des Grundstückes wegen solcher rückständigen Leistungen in Anspruch genommen wird, vom letzteren Ersatz verlangen.[36]) Wir werden aber noch weiter gehen und sagen müssen, daß diese Grundlasten und Abgaben auf einer Linie mit den ordentlichen impensae necessariae stehen und daher vom Belasteten bis zur Entrichtung des Vermächtnisses, also bis zur Uebergabe des Grundstückes an den Legatar zu tragen sind, da und insoweit ihm ja bis dahin der Nutzen desselben zufällt.[37]) Räumt man letzterem einen Anspruch auf die Früchte seit dem Erwerbe des Vermächtnisses ein, so müssen ihm folgerichtig auch diese Grundabgaben u. dgl. von diesem Zeitpunkte an zur Last fallen.

Von den neueren Gesetzgebungen enthält nur das sächsische Gesetzb. §. 2440 besondere Bestimmungen über den Ersatz der Verwendungen. Danach ist der Vermächt=

36) l. 39 §. 5 D. de leg. I. S. die Citate in §. 1526. h. Anm. 1. Wohl nur ungenau spricht Arndts Thl. 46 S. 150 von den zur Zeit des Anfalles des Vermächtnisses rückständigen Leistungen.

37) Vgl. l. 13 D. de impens. 25, 1.: onus enim fructuum haec impendia sunt. — Wie sich mit der Verpflichtung des Erben, die rückständigen Abgaben zu tragen, und mit der alleinigen Haftung des Legatars für die später fällig werdenden Abgaben l. 5 §. 1 D. de censibus 50, 15 vereinigen lasse, ist schwer zu sagen. Arndts a. a. O. hat diese Stelle übersehen, obwohl er auf §. 2 d. l. 5 Bezug nimmt. Unannehmbar ist der Erklärungsversuch von Cujacius l. c. Denn selbst wenn es richtig wäre, wie derselbe bemerkt, daß der Erbe wegen tributa praeterita vom Fiskus noch mit persönlicher Klage in Anspruch genommen werden könne, so würde er doch dieserhalb vom Vermächtnißnehmer nicht Ersatz beanspruchen können.

nißnehmer verpflichtet, „die Verwendungen, welche der Beschwerte auf die Sache gemacht hat, und zwar die nothwendigen unbedingt, andere nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu erstatten.“ Es entspricht dies ungefähr den vorhin entwickelten Grundsätzen. Wenn zwischen ordentlichen und außerordentlichen Verwendungen hier nicht unterschieden wird, so rechtfertigt sich dies dadurch, daß nach dem sächsischen Gesetzbuch die Früchte der vermachten Sache dem Legatar gebühren. Hiermit stimmt zum Theil überein der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich §. 1880: „Im Falle das Vermächtnisses eines zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes kann der Beschwerte von dem Vermächtnißnehmer den Ersatz der nothwendigen Verwendungen verlangen, welche er auf den Gegenstand seit dem Erbfalle gemacht hat. Im Uebrigen bestimmen sich die Ansprüche des Beschwerten auf Ersatz der Verwendungen . . nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag.“ Damit könnte man sich im Ganzen einverstanden erklären. Nur ist es schwer begreiflich, warum der Entwurf nur von dem Vermächtnisse einer Nachlaßsache redet. Da muß man doch nothgedrungen annehmen, daß der Belastete beim Vermächtniß einer eigenen Sache keinen Anspruch auf Verwendungen irgend welcher Art haben soll. Daß dies zum mindesten nicht „dem anzunehmenden Willen des Erblassers und einer billigen Rücksichtnahme auf den Beschwerten“ entspricht und daß „dadurch der Bedachte auf Kosten des letzteren begünstigt werden würde“, [38]) scheint doch auf der Hand zu liegen. Ziehen wir die Motive (V. S. 203) zu Rathe, so werden wir damit abgetröstet, daß „es mit Rücksicht auf die Seltenheit eines solchen Vermächtnisses (nämlich eines dem Beschwerten oder

38) Wie die Motive V. S. 201 zur Rechtfertigung des Impensenanspruches überhaupt bemerken.

einem Dritten gehörigen Gegenstandes) besonderer Vorschriften nicht bedürfe," und ferner daß es „nicht rathsam sei, zu unterscheiden, je nachdem der Gegenstand einem Dritten oder dem Beschwerten gehört." Und doch sind diese beiden Fälle, was den fraglichen Ersatzanspruch wegen Verwendungen anbetrifft, juristisch offensichtlich ganz verschiedenartig gestaltet. Der Begriff der nothwendigen Verwendung wird übrigens von dem Entwurf an keiner Stelle bestimmt, sondern als bekannt vorausgesetzt. Demgemäß werden wir den gemeinen d. h. den im römischen Recht festgestellten Begriff derselben zu Grunde legen[39]) und consequent auch die bekannte Unterscheidung, welche das römische Recht innerhalb derselben macht, zur Anwendung bringen müssen. Mithin wird der „Geldwerth der von dem Beschwerten nach dem Erbfalle gezogenen Nutzungen, soweit der Beschwerte zu deren Herausgabe nicht verpflichtet ist," also auch „des Gebrauches der vermachten Sache" von dem zu ersetzenden Betrage in Abzug gebracht werden müssen,[40]) sofern es sich um ordentliche und regelmäßige Verwendungen handelt.

39) Dies hervorzuheben, scheint deshalb nicht überflüssig, weil in den Motiven V. S. 200 fg. bei der Erörterung des Ersatzanspruches „in Ansehung anderer Verwendungen" immer von Verwendungen, welche „behufs Abwendung einer Gefahr oder zur Erhaltung oder Bewahrung des vermachten Gegenstandes" gemacht werden, die Rede ist. Daß dies in der That im Sinne der Motive keine nothwendigen Verwendungen sein sollen, läßt sich kaum annehmen. Es liegt hier offenbar nur eine Incorrectheit vor, wie überhaupt den bezüglichen Auseinandersetzungen juristische Schärfe und Präcision fehlte; wird doch davon gesprochen, daß der Bedachte möglicherweise „die Annahmeerklärung und die darin liegende Uebernahme von Verpflichtungen condiciren könne." (!)

40) Entgegen den Motiven S. 201, welche dies für „nicht

Eine besondere Bestimmung enthält der zweite Absatz des angeführten §. 1880 noch in betreff der Verwendungen bei einem bedingten oder befristeten Vermächtniß. Hier soll der Beschwerte nach Analogie des Nießbrauches „wegen der auf den Gegenstand vor Eintritt der Bedingung oder des Termines gemachten Verwendungen von dem Vermächtnißnehmer nur insofern Ersatz fordern, als der letztere infolge der Verwendung bereichert wird." Da nach §§. 997. 998, auf welche hier ausdrücklich Bezug genommen wird, der Nießbraucher die Kosten der ordnungsgemäßen Erhaltung der Sache und des wirthschaftlichen Bestandes derselben zu tragen hat, seine Verpflichtung sich aber nur auf die gewöhnlichen Ausbesserungen und Wiederherstellungen erstreckt, läßt sich soweit, abgesehen von dem etwas vagen Begriffe der Bereicherung, nichts gegen jene Vorschrift einwenden. Im Grunde genommen kommt sie auch auf dieselben Prinzipien hinaus, welche das römische Recht, richtig verstanden, hier vertritt.

II. Der Belastete hat gegen den Vermächtnißnehmer einen Anspruch auf Ersatz alles Schadens, den er ohne eigene Verschuldung durch die vermachte Sache bis zur Ablieferung erlitten hat. Der Satz findet sich in den Quellen freilich nirgends in dieser allgemeinen Fassung ausgesprochen, aber er ergiebt sich aus der Entscheidung, welche l. 70 pr. §. 3 D. de leg. I. hinsichtlich der vom

angemessen" halten, indem sie meinen, daß es „an zureichenden Gründen fehle, dem Beschwerten diesen ihm an sich gebührenden Vortheil zu entziehen." Uebrigens darf man sich gegen unsere Auffassung auch nicht auf den zweiten Satz des §. 1880 berufen. Denn wenn es da heißt: „Im Uebrigen u. s. w." so kann dieser Passus nur von solchen Verwendungen verstanden werden, welche nicht der Klasse der nothwendigen angehören.

vermachten Sklaven gegen den Erben begangenen Entwendung enthält.

Gaius l. 18 ad edict. provinc. — Si servus Titii furtum mihi fecerit, deinde Titius herede me instituto servum tibi legaverit, non est iniquum talem servum tibi tradi, qualis apud Titium fuit, id est ut me indemnem praestes furti nomine quod is fecerit apud Titium.[41]) — Quare et si post aditam hereditatem servus legatus heredi furtum fecerit, ita praestari debebit, ut ob hoc delictum quasi litis aestimatio a legatario sufferatur heredi.

Die Stelle handelt von einem Damnationslegat. Der Noxalanspruch, welchen der Geschädigte gegen den Erblasser wegen des Deliktes des diesem gehörigen Sklaven hatte, ist durch die Beerbung des Herrn und den dadurch bewirkten Erwerb des schuldigen Sklaven untergegangen. Dennoch braucht der Sklave dem Legatar nur gegen Schadloshaltung des Erben geleistet zu werden. Dieser Anspruch wird freilich einzig auf die aequitas gegründet. Der Legatar könne den Sklaven nur mit den ihm zur Zeit des Erbfalles anhaftenden Mängeln verlangen.[42]) Da dieser damals nicht furtis noxiisque solutus war, so soll dem Belasteten die durch den Erbgang eingetretene Confusio nicht

41) Der §. 1 ist S. 93 Anm. 48 abgedruckt. Zu dem Zwischensatz in §. 2, an dessen Schlußworte „vel postea“ der §. 3 mit „quare“ anknüpft, vgl. l. 26 §. 7 D. mand. 17, 1. l. 23 §. 8. l. 29 §. 3. l. 58 pr. D. de aed. ed. 21, 1. l. 62 §. 1—7 D. de furt. 47, 2 vgl. l. 17 §. 2 eod.

42) l. 45 §. 2 D. de leg. I., vgl. S. 70 fg. Derselbe Grundsatz wird in l. 70 §. 1 hinsichtlich der dem Erben am vermachten Grundstücke zuständig gewesenen Servituten durchgeführt; auch hier wird die eingetretene Confusio praktisch wieder aufgehoben.

zum Schaden gereichen und der Legatar nicht besser gestellt sein, als wenn für einem Dritten die Noxalhaftung bestanden hatte.[43]) Und dies ist um so begründeter, als der vermachte Sklave doch in das Eigenthum des Legatars übergehen und der Erbe so nur einstweiliger Eigenthümer desselben sein sollte.[44]) Es wird hier dem schließlichen Erfolge nach sich ebenso verhalten, als wenn der Sklave per vindicationem vermacht wäre.[45]) Begeht endlich der Sklave nach Antritt der Erbschaft gegen den Erben ein furtum (oder eine Sachbeschädigung), so könnte von einem Deliktsanspruch und der Begründung einer Noxalhaftung überhaupt nicht die Rede sein. Dennoch hat auch hier der Erbe ein

43) Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß es sich hier immer nur um die Geltendmachung eines Noxalanspruches, eines formellen oder materiellen (d. h. mit Delikts- oder Contractsklage zu verfolgenden, vgl. Seite 196 Anm. 56) handelt, welche durch die eingetretene Confusio zerstört ist und — auch nach der Auffassung der Sabinianer vgl. Gaius IV. §. 78. l. 18 D. de furt. 47, 2. l. 37 D. de nox. act. 9, 4 — nicht wieder aufleben kann, wenn der Legatar den Sklaven erwirbt. Diese Confusio wird nun hier dem Effekt nach rückgängig gemacht. Von einem Anspruch auf Schadensersatz könnte aber selbstverständlich nicht die Rede sein, wenn der Erbe lediglich eine Contractsforderung wegen des durch die Sache herbeigeführten Schadens gehabt hätte; z. B. wenn A. dem B. eine Sache vermiethet hat, durch deren fehlerhafte Beschaffenheit letzterer geschädigt ist, und nun mit Erbeinsetzung des B. dem C. diese Sache vermacht. Hier würde ja auch beim Vindicationslegat der Erbe keinen Anspruch haben.

44) Vgl. Anm. 42.

45) l. 65 D. de furt. 41, 2. l. 40 D. de nox. act. 9, 4. Si servus legatus ante aditam hereditatem rem heredis futuri subtraxerit, poterit is cum legatario qui legatum agnoverit furti agere.

Retentionsrecht und braucht das Vermächtniß nur dann zu entrichten, wenn ihm der Legatar das leistet, was im Falle eines begründeten Noxalanspruches den Gegenstand der litis aestimatio bilden würde. Zweifellos würde dem Belasteten, wenn er irrthümlich seinen Ersatzanspruch nicht geltend gemacht hat, hier wie dort auch die condictio indebiti zuständig sein.

Es würde sich nur noch fragen, wie die Stelle vom Standpunkte des justinianischen Rechtes aufzufassen ist. Daß sie nicht von dem Vermächtnisse eines fremden Sklaven verstanden werden kann, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung; und daß auch nicht an einen dem Erben gehörigen Sklaven zu denken ist, wird die gleich folgende Ausführung darthun. Wir müssen also auch im Sinne der Compilatoren ein Vermächtniß des eigenen Sklaven des Erblassers voraussetzen. In diesem Falle würde aber doch das Eigenthum desselben mit dem Antritte der Erbschaft auf den Vermächtnißnehmer übergehen und die Statthaftigkeit der Noxalklage gegen diesen, mag vor oder nach dem Erbschaftserwerbe das Delikt gegen den Erben verübt sein, könnte keinem Zweifel unterliegen. Es würde somit das tradi in unserer Stelle, während es im Sinne ihres Verfassers auf die Leistung d. i. Eigenthumsübertragung des vermachten Sklaven bezogen werden muß, von der Herausgabe desselben zu verstehen sein, welche der Erbe verweigern kann, wenn ihm nicht Schadloshaltung gewährt wird.

Ist ein dem Erben gehöriger Sklave vermacht worden und dieser begeht, sei es vor oder nach dem Antritt der Erbschaft das Delikt, so ließe sich ein gleicher Anspruch des Erben gegen den Vermächtnißnehmer auf Schadloshaltung in keiner Weise begründen. Denn während im vorigen Falle dieser Anspruch durch die Erwägung gerechtfertigt wird, daß der Sklave infolge derselben letztwilligen Verfügung, auf welcher das Vermächtniß beruht, erst in

das Eigenthum des Geschädigten gekommen ist und es somit die Billigkeit erfordert, bei Einforderung des Vermächtnisses das Verhältniß des Legatars zum Erben so zu gestalten, als wäre der Sklave dem ersteren unmittelbar zugefallen, also letzterem gegenüber ein fremder Sklave geblieben:[46]) kann hier offenbar die Anordnung des Vermächtnisses keinerlei juristische Wirkung hinsichtlich des vom Sklaven gegen seinen eigenen Herrn begangenen Deliktes hervorbringen. Dieser erleidet auch, was die ihn schädigende Handlung des Sklaven angeht, durch das Vermächtniß desselben gar keinen weiteren Nachtheil. Es ist vielmehr in dieser Beziehung ganz wirkungslos; denn auch abgesehen von der Erbeinsetzung und der Belastung mit dem Vermächtnisse, hatte er die Folgen jenes Deliktes selbst zu tragen. Dort wird dem Verletzten nach strenger juristischer Consequenz ein Ersatzanspruch entzogen oder die Entstehung eines solchen gehindert dadurch, daß der schuldige Sklave in sein Eigenthum gekommen ist. Hier war überhaupt kein Ersatzanspruch vorhanden und es wird keiner dadurch begründet, daß dem Erben die Verpflichtung auferlegt ist, den in seinem Eigenthum befindlichen Sklaven zu leisten.

Nur eine Ausnahme muß hinzugefügt werden, die sich freilich bei schärferer Betrachtung nicht sowohl als Ausnahme, denn vielmehr als eine Consequenz des Satzes, daß der früher begründete Ersatzanspruch auch der Vermächtnißforderung gegenüber aufrecht erhalten wird, und als einfache Anwendung der Regel „talis servus dari debet qualis relictus est“ darstellt. Wenn nämlich der jetzige Erbe bereits früher den betreffenden Sklaven dem Erblasser schuldete und der Forderung desselben den Anspruch auf

46) Ganz analog dem Falle eines im Auftrage eines Anderen gekauften Sklaven, der den Mandatar (seinen Herrn) bestiehlt.

Schadloshaltung aus dem von dem Sklaven begangenen Delikte entgegensetzen könnte, so kann er denselben auch dem Vermächtnißnehmer gegenüber geltend machen.[47])

In diesem Zusammenhange darf zugleich die Frage berührt werden, wie es sich verhalte, wenn der vermachte Sklave noch vor Antritt der Erbschaft eine Erbschaftssache entwendet. Bekanntlich kann an einer solchen während ruhender Erbschaft ein furtum nicht begangen werden;[48]) und ist ein solches schon überhaupt unmöglich, so wird hier die Annahme eines solchen noch durch den subjektiven Umstand in der Person des Thäters, daß derselbe gleichfalls zur Erbschaft gehört, vollends ausgeschlossen.[49]) Diesem Grundsatze ganz entsprechend ist die Entscheidung Julians,[50]) daß hier der Erbe einzig auf die act. ad exhibendum gegen den Legatar verwiesen ist, vorausgesetzt daß die sonstigen Erfordernisse dieser Klage vorhanden sind, also vornehmlich daß der Legatar die gestohlene Sache in seinem Besitze hat. Dieser Exhibitionsanspruch besteht beim Damnations- wie beim Vindicationslegat und unfraglich kann er hier wie dort auch einredeweise (mittelst doli oder in factum exc.) gegen die Klage des Legatars geltend gemacht werden.

Nun scheint dem aber doch nicht ganz zu entsprechen die Bemerkung Ulpians in l. 1 §. 5 D. si is qui test. lib. 47, 4:

47) So in dem Falle der vorigen Anm.; vgl. auch die Stellen in Anm. 41.

48) S. überhaupt Schirmer Erbrecht I. S. 20. 21.

49) l. 1 §. 1 D. si is qui test. lib. 47, 4.

50) l. 40 D. de nox. act. 9, 4. (s. Anm. 45) — sed si idem servus hereditariam rem subtraxerit, furti actio cessabit, quia huiusmodi rerum furtum non fit: ad exhibendum autem actio competit.

Si servus pure legatus ante aditam hereditatem quid admiserit in hereditate, dicendum est, quia dominium in eo mutatur, huic actioni locum esse.

Es ist hier die Rede von der prätorischen auf das duplum gerichteten Klage, welche dem Erben wegen Entwendungen oder Beschädigungen von Nachlaßsachen durch Erbschaftssklaven gewährt wird.[51]) Das Edikt hatte die Klage nur gegen den im Testament direkt freigelassenen Sklaven aufgestellt. Nun wurde sie allerdings auch erstreckt auf den Sklaven, welchem die Freiheit fideicommissarisch hinterlassen war.[52]) Sollte nun etwa bei dem von Ulpian aufgestellten Satze noch die Voraussetzung hinzuzudenken sein, daß dem vermachten Sklaven selbst wieder im Testament die Freiheit gewährt war?[53]) Damit würde aber offenbar in die Stelle etwas hineingetragen werden, woran der Jurist nicht im entferntesten gedacht hat.[54]) Es bleibt somit nur die Annahme übrig, daß diese prätorische Strafklage auch als Noxalklage gegen den Legatar in ausdehnender Interpretation des Ediktes stattfinden soll,[55]) was auch durch den unmittelbar sich anschließenden

51) Vgl. Sell, aus dem Noxalrecht S. 106 fg.

52) l. 1 §. 7 eod. 47, 4 wo sich freilich Ulpian sehr vorsichtig äußert: arbitror et hic posse hanc actionem competere.

53) l. 11 pr. D. de manum. test. 40, 4. l. 42 D. de statulib. 40, 7.

54) Dabei wäre auch noch weiter zu supponiren, daß der Sklave bald nach dem Antritt der Erbschaft die Freiheit erlangte l. 1 §. 6. l. 3 D. si is qui test. 47, 4.

55) Dafür kann man sich aber natürlich nicht mit Sell a. a. O. S. 107 Anm. 1 auf l. 65 D. de furt. 47, 2 berufen, denn hier handelt es sich um die Entwendung einer dem Erben gehörigen Sache.

§. 6 bestätigt wird.[56]) Ob aber diese Klage nur dann zuständig sei, wenn der Erbe mit der act. ad exhibendum nicht zu dem Seinigen gelangen kann, bleibt zweifelhaft.[57])

Es wäre schließlich die Frage zu beantworten, ob wir den beim Delikte eines vermachten Sklaven anerkannten Entschädigungsanspruch des Erben auf alle Fälle eines durch den Vermächtnißgegenstand herbeigeführten Schadens überhaupt ausdehnen können. Dem scheint kein Bedenken entgegenzustehen, wenn man in Betracht zieht, daß dem Belasteten durch das Vermächtniß die Verpflichtung auferlegt ist, dem Bedachten die vermachte Sache zu bewahren. Er steht auch in dieser Beziehung dem Legatar nicht viel anders gegenüber, wie ein Mandatar oder negotiorum gestor, nur daß er keine Ersatzklage hat, sondern einzig auf ein Retentionsrecht beschränkt ist. Der Bedachte würde sich eines dolus schuldig machen, wenn er das Vermächtniß einfordern wollte, ohne sich dazu zu verstehen, den durch die vermachte Sache

56) Et generaliter dicimus, quo casu in servo dominium vel mutatur vel amittitur (vel libertas competit post intervallum modicum aditae hereditatis) eo casu hanc actionem indulgendam. In dem eingeklammerten Satze werden in Th. Mommsens Ausgabe die Worte „vel libertas competit“ gegen die Autorität der Basil. 60, 13, 1 §. 6 und Sch. 8 (index Dorothei) V. p. 541. 542 gestrichen. Dadurch wird aber der Sinn verdorben, wenn man nicht auch die folgenden Worte eliminirt. Vielleicht steckt in dem ganzen Satze eine Interpolation oder ein altes Glossem zu den Worten „libertas competit continuo“ in §. 4, welches an die unrichtige Stelle gerathen ist. Bei dem Ausdrucke „vel amittitur“ könnte zur Noth auch an eine vor Antritt der Erbschaft stattgefundene Usucapion des Sklaven gedacht werden.

57) Dafür l. 1 §. 16, dagegen §. 17 ibid.

dem Belasteten zugefügten Schaden zu ersetzen. Jedoch kann ein solcher Ersatzanspruch immer nur dann angenommen werden, 1) wenn den Gegenstand des Vermächtnisses eine Erbschaftssache bildet, durch die (abgesehen von dem Falle eines seiner Natur nach noxalen Anspruches) nach Antritt der Erbschaft — bezw. wenn dem Vermächtnißnehmer selbst die Restitution auferlegt war, nach dem Erwerbe des ihm hinterlassenen Vermächtnisses — der Belastete geschädigt ist; 2) wenn es sich um eine vermachte res aliena handelt, welche dem Belasteten, nachdem er sie behufs Entrichtung des Vermächtnisses erworben, den Schaden verursacht hat. Auch dann kann der Belastete keinen Ersatz beanspruchen, wenn es lediglich an ihm liegt, daß die Sache in seinem Besitze verblieben und nicht an den Legatar herausgegeben worden ist.

III. Der Legatar tritt nicht in die persönlichen Verbindlichkeiten des Erblassers hinsichtlich der vermachten Sache ein, also er wird durch den von letzterem in betreff dieser Sache geschlossenen Contract nicht selbst verpflichtet. [58]) Dies gilt vor Allem von dem Pacht- und Miethcontract des Erblassers; weder die Verbindlichkeiten noch die Rechte aus demselben gehen auf den Vermächtnißnehmer über. Das ist ganz unzweifelhaft beim Vindicationslegat. Da der Legatar an den bestehenden Miethcontract nicht gebunden ist, so kann er den Miether austreiben; dieser aber kann sich, da der Eigenthumswechsel die Miethe nicht aufhebt, an den Erben seines Vermiethers halten. [59]) So

58) Vgl. l. 32 D. locati 19, 2 — detrimentum ad heredem pertinere, sicuti si quis rem, quam vendidisset necdum tradidisset, alii legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus.

59) S. i. Allg. Glück in dem Comment. Th. 18 S. 12 fg.

erklärt Ulpian in l. 120 §. 2 D. de legat. I.: Fructus ex fundo pure legato[60]) post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere, colonum autem cum herede ex conducto habere actionem.

Es ist wohl zu beachten, wie schon früher hervorgehoben wurde, daß die Früchte vom Legatar selbst, nachdem der Pächter das Grundstück geräumt hat, gezogen worden sind. Dabei wäre nun, freilich nur nebenbei, die Frage aufzuwerfen, wie es sich denn mit dem Fruchterwerbe des Pächters im Falle des Vermächtnisses des Grundstückes überhaupt verhalte. Da durch den Eigenthumswechsel das Pachtcontractsverhältniß an sich nicht berührt wird, und da, wie wir gesehen haben, bis zur Einforderung des Vermächtnisses die Früchte dem Erben zufallen, so wird es nicht bezweifelt werden können, daß vorderhand der Pächter die Früchte durch Perzeption erwirbt. Daran wird auch durch die Agnition des Vermächtnisses und durch die seitens des Pächters erlangte Kenntniß von der erfolgten Agnition nichts geändert. Denn so lange, bis die Herausgabe des Grundstückes von ihm verlangt wird, muß angenommen werden, daß er die Früchte mit dem Willen des Legatars, als des Eigenthümers beziehe, der ihm die Perzeption auf Grund der bestehenden Pacht stillschweigend weiter gestattet habe.[61])

Ziebarth Realexecution S. 146 fg. Fischer, Soll Kauf Miethe brechen? Berl. 1888. §. 1.

60) Fragm. Vaticana §. 44: per vindicationem pure relicto. Vgl. oben S. 480.

61) Dieser Gesichtspunkt erweist sich dann von Bedeutung, wenn der belastete Erbe in mala fides gerathen ist, er mithin durch die Separation der Frucht, also im Augenblicke der Perzeption des Pächters, das Eigenthum selbst nicht mehr erwerben würde, so daß auch kein Eigenthum „quodammodo traditione“ auf letzteren übergehen könnte. Un-

Durch Vereinbarung zwischen Legatar und Pächter kann das Pachtverhältniß fortgesetzt werden, in der Weise, daß nun ein neuer Pachtvertrag des gleichen Inhaltes wie der bestehende für die noch übrige Pachtzeit entsteht. Nun erheben sich aber die im Zusammenhange stehenden Fragen: 1) Ist der Legatar verpflichtet, dem Miether das frui licere seinerseits zu gewähren und somit den vom Erblasser eingegangenen Miethvertrag als für sich verbindlich anzuerkennen? 2) ist er berechtigt, die Fortsetzung der Miethe zu verlangen? 3) kann der Miether von dem Vertrage zurücktreten? Da diese, was das reine römische Recht anbetrifft, außerordentlich streitigen Fragen bei jedem Eigenthumswechsel hinsichtlich der vermietheten Sache überhaupt sich wiederholen,[62]) so könnten wir von der Beantwortung

richtig meint Göppert organische Erzeugnisse S. 269, daß der Pächter überhaupt „bloß dann Eigenthum an den Früchten erhalte, wenn und so lange jener auctor (der Verpächter) Eigenthümer ist.“ Weiß freilich, abgesehen von dem Falle des Vermächtnisses, der Pächter, daß der Verpächter nicht Eigenthümer (bezw. zum Fruchtbezug berechtigt) ist, so wird er auch selbst das Eigenthum der perzipirten Früchte nicht erwerben können. Vgl. im Uebrigen Czyhlarz in dem Comment. Serie d. Bücher 41. 42. Th. I. S. 460 fg., dem aber darin nicht beigestimmt werden kann, daß schon durch die eintretende Willensunfähigkeit und den Tod des Verpächters, und nicht erst durch positive Zurücknahme der Gestattung der Aneignung, der Fruchterwerb des Pächters aufgehoben werde.

62) S. außer den in Anm. 59 Citt. nach Träger in d. Gießener Zeitschr. f. Civilr. N. F. 18 S. 53 fg. Vangerow Pand. III. §. 644 Anm. 2. Windscheid Pand. II. §. 361. Anm. 3. Sintenis Civilr. II. §. 118. Anm. 117. Mommsen Erörterungen I. S. 135. Anm. 13. Brinz Pand. II. §. 331. S. 760. Mühlenbruch Cession

derselben hier Abstand nehmen. Indessen darf man doch nicht übersehen, daß diese Fragen gerade beim Vermächtniß in voller Schärfe und Reinheit sich erheben, da hier der Eigenthumswechsel ohne Zuthun der Betheiligten sich vollzieht, und ihm kein Vertrag zwischen dem Erwerber und dem Vermiether zu Grunde liegt. Auch wäre es ja nicht ausgeschlossen, daß dieser Fall rechtlich anders normirt ist, wie etwa der Fall des Eigenthumsüberganges infolge Verkaufes der Sache. Wir werden daher den aufgeworfenen Fragen nicht ganz aus dem Wege gehen dürfen.

Von vorneherein ist klar, daß nur dem Erben gegenüber von einer Verpflichtung und von einer Berechtigung einerseits des Legatars und andererseits des Miethers die Rede sein könnte, da Legatar und Miether zu einander überhaupt in keinem obligatorischen Verhältnisse stehen. Es würde sich also immer nur darum handeln, ob der Erbe auf Verlangen des Miethers den Legatar nöthigen kann, die miethweise Benutzung der Sache dem ersteren zu belassen, bezw. auf Verlangen des Legatars den Miether nöthigen kann, die Miethe fortzusetzen. Oder m. a. W. wenn der Legatar den Miether austreibt, kann dann der von diesem auf das Interesse in Anspruch genommene Erbe sich an den Legatar halten? Und umgekehrt, wenn der Miether, während der Legatar ihm das frui gewähren will, fortgeht, kann der letztere dann den Erben in Anspruch nehmen, und dieser gegen den ersteren aus dem Miethvertrage klagen bezw. die Klage dem Legatar abtreten? Schon aus der Fragestellung ergiebt sich die innere Verschiedenartigkeit beider Fälle. Denn daß der Erbe dem Miether haftet, wenn dieser an der Nutzung der Sache gehindert wird, ist ja selbstverständlich. Ob aber der Lega-

S. 313 fg. Schmid Cession II. S. 320 fg., die unter einander vielfach abweichen.

tar ein Recht auf Fortsetzung des Miethverhältnisses habe, ob der Miether hiezu dem Erben verpflichtet sei, und ob ersterer gegen den letzteren einen Interesseanspruch geltend machen könne, wenn der Miether das Grundstück verläßt, das ist eben die Frage. Diese Frage wird nur gestreift in der bekannten l. 32 D. locati 19, 2:

Julianus l. IV. ex Minicio. — Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset; quodsi colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere, et hoc detrimentum ad heredem pertinere.[63])

Von den beiden Entscheidungen ist die zweite ganz unzweifelhaft. Wenn der Legatar dem Pächter die Benutzung des Grundstückes nicht gewährt, so kann derselbe gegen den Erben klagen und dieser hat regelmäßig den Schaden zu tragen. Fraglich und viel bestritten ist dagegen der Ausspruch des Juristen in betreff des Falles, wenn der Pächter die Pacht verläßt, obwohl der Legatar bereit ist, ihn in der Ausübung derselben nicht zu hindern. Der Erbe soll ihn nicht zwingen können „ut eum fundum coleret“, weil er daran kein Interesse habe. Es ist ein naheliegender Ausweg, den man längst versucht hat, daß fundum colere wörtlich bedeute, das Grundstück in Cultur erhalten, und daß hiezu der Erbe den Pächter eben deswegen nicht soll nöthigen dürfen, weil es ihm ja gleichgültig sein könne, wenn das ihm nicht gehörige Grundstück deteriorirt werde. Was dagegen den Bezug des Pachtzinses anbetrifft, so habe der Erbe daran offenbar ein sehr lebhaftes Interesse und er behalte daher seine Forderung. Mit dieser

63) Daran schließt sich der Satz in Anm. 58.

Auffassung scheint aber der Gesichtspunkt verschoben zu sein, welcher der Entscheidung des Juristen zu Grunde liegt. Zunächst darf nicht zugegeben werden, daß fundum colere hier bloß die Bedeutung habe: den Acker in Cultur erhalten; denn der Ausdruck kann hier nicht in einem anderen Sinne genommen werden, wie in der Wendung des vorangehenden Satzes „fundum colendum locaverat.“ Wenn mit letzterem aber nichts anderes ausgedrückt werden soll, als daß das Grundstück zu wirthschaftlichen Zwecken d. h. zur Bebauung und Fruchtziehung vermiethet, also kurz, zur Pacht gegeben war,[64]) so wird wohl auch der Satz „ut fundum coleret“ in dem Sinne verstanden werden dürfen, daß er das Grundstück als Pächter weiter bewirthschafte, also kurz die Pacht fortsetze. Daß dies aber einzig der Sinn sein kann, geht handgreiflich aus dem folgenden Satze hervor; denn wollte man auch hier versuchen, colere mit „in Cultur erhalten“ zu übersetzen, so wäre das doch eine wundersame Klage, die dem Pächter bei Verhinderung des colere gegen den Erben (Verpächter) zustünde. Kann nun aber der Pächter nicht angehalten werden, in dem Pachtverhältniß zu verbleiben, so ist damit zugleich entschieden, daß dem Erben ein Anspruch aus dem Pachtcontract von der Zeit des Abganges des Pächters an überhaupt nicht zustehe, daß er also auch nicht den Pachtzins fordern könne.[65])

64) Vgl. l. 1 §. 2 D. si ager vect. 6, 3. Der Ausdruck fundum colendum locare ist gleichbedeutend mit fundum fruendum locare. Consequent müßte man, wenn man das colere in der hier abgewiesenen Bedeutung nimmt, unsere l. 32 mit Wendt in Iherings Jahrb. f. d. Dogmatik B. 21. S. 261 fg. von einer locatio conductio operis verstehen, was schon der Schlußsatz (Anm. 58) verbietet.

65) Das müßte auch — und da würde es gerade von vorzugsweiser praktischer Bedeutung sein, — bei der Woh-

Wenn man dagegen einwendet, daß der Grund „quia nihil heredis interesset“ hier nicht zutreffend sei, so scheint man sich den Thatbestand des Falles nicht völlig klar gemacht zu haben. Vielmehr hat der Erbe genau so viel und so wenig Interesse an der Erhebung des Pachtzinses wie daran, daß der Pächter das Grundstück weiter in Cultur erhalte. Offenbar ist nämlich in unserer Stelle vorausgesetzt, daß der Vermächtnißerwerb ein definitiver ist, also daß der Legatar bereits die Annahme erklärt hat. Denn so lange das Vermächtniß noch abgelehnt werden kann, würde allerdings dem Erben die act. locati zustehen, nicht bloß in betreff des Pachtzinses, sondern auch der sonstigen Verbindlichkeiten des Pächters, da das Interesse des Erben an der Fortsetzung des Pachtverhältnisses auf der Hand liegt. Hat aber der Legatar die Annahme des Vermächtnisses erklärt und ist damit zugleich sein Eigenthumserwerb entschieden, so würde der Erbe den Pachtzins fortan für ihn beziehen und hätte mithin auch an der Fortsetzung der Pacht gar kein Interesse, es sei denn, daß er selbst dieserhalb dem Legatar haftete.[66]) Daß und wie

nungsmiethe gelten, selbst wenn die Wohnung gegenwärtig unvermiethbar wäre.

66) Vgl. oben S. 507. Der Erbe stünde dann zum Vermächtnißnehmer im Verhältniß eines negotiorum gestor oder Mandatars, der für ihn die Rechte des Vermiethers ausübt und den Miethzins einnimmt. Eine Verpflichtung des Erben hiezu besteht aber nicht, und wenn er mit dem Abzug des Miethers einverstanden wäre, könnte der Legatar gewiß keinen Anspruch gegen ihn erheben. — Andererseits wenn der Miether infolge Uebereinkunft mit dem Vermächtnißnehmer das Verhältniß fortsetzt, würde dem Erben aus dem Miethvertrag überhaupt keine Klage gegen ihn zustehen; es würde das Argument, welches Celsus in l. 29 pr. D. de evict. 21, 2 (oben S. 135)

aber eine solche Haftung des Erben und damit indirekt ein Anspruch des Legatars auf Fortsetzung der Miethe begründet sein sollte, ist nicht recht abzusehen. Selbst den Fall gesetzt, daß der Erblasser dem Legatar die Forderung

gegen die act. venditi gebraucht, auch hinsichtlich der act. locati zutreffen. — Zwischen dem Pachtzins und der sonstigen Verpflichtung des Pächters aus dem Contract zu unterscheiden, und nur in betreff des ersteren dem Verpächter (Erben) die act. locati zu gewähren, im Uebrigen aber sie wegen mangelnden Interesses zu versagen, wofür namentlich Ziebarth a. a. O. S. 147 fg. energisch eintritt, ist juristisch incorrect. Das geht gerade aus der Ausführung des letzteren hervor. Der Legatar würde nach ihm vom Erben mit der act. negot. gestor. die Herausgabe der gezogenen Pachtzinsen fordern können, wie diesem selbst hier die act. locati gegen den Pächter zuständig ist. Wenn dagegen der Pächter die besonderen ihm durch den Contract auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllt und dadurch den Eigenthümer schädigt, würde der Erbe gegen den Pächter keine Klage haben und somit auch nicht dem Legatar haften. Mit der vom Erben ihm cedirten act. locati würde der Legatar wohl den fälligen Pachtzins, aber nicht Schadloshaltung wegen Deterioration des Grundstückes verlangen können. Da hier aber die rei vindicatio häufig nicht zum Ziele führen würde, so wäre der Legatar schutzlos. Wir meinen dem gegenüber, daß es zunächst immer darauf ankommen wird, ob der Pächter oder Miether das Verhältniß thatsächlich fortsetzt oder nicht; und weiter, ob sich ersterenfalls hiebei der belastete Erbe als Geschäftsführer des Legatars gerirt. Dann wird ihm die act. locati in demselben Umfange wie bisher zustehen, die er nun dem Legatar abtreten kann. Würde er etwa dem Legatar auf seine Annahmeerklärung mittheilen, er hätte mit dem vermachten Grundstücke nichts mehr zu schaffen, so könnte derselbe auch keinen Anspruch gegen ihn geltend machen.

aus dem Miethvertrage („quidquid conductorem dare facere oportebit") vermacht hätte — ein Fall, der schon schwerlich praktisch ist —, würde dem Erben keine abtretbare Klage gegen den Miether und somit auch dem Legatar keine utilis actio gegen denselben zustehen.[67])

Wesentlich anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn der Erblasser den Vermächtnißnehmer verpflichtet hat, dem Miether den Gebrauch oder die Nutzung der Sache zu belassen. Darin wäre ein dem Legatar auferlegtes Vermächtniß zum Vortheil des Miethers wie des Erben enthalten. Wenn mithin der Legatar den Miether nicht wohnen, den Pächter das Grundstück nicht bewirthschaften oder die Früchte beziehen läßt, so kann letzterer entweder gegen den Erben mit der Contractsklage vorgehen, und dieser wiederum sich mit act. ex testamento an den Legatar halten, oder er kann den Legatar auf Erfüllung der ihm gemachten Vermächtnißauflage in Anspruch nehmen. Der rei vindicatio des Legatars würde sowohl der Miether, wie der Erbe die exc. doli auf Grund des Testamentes entgegensetzen können. In einem solchen Falle nun ist weiter zweierlei möglich. Regelmäßig wird der Legatar die vom Erben vereinnahmten Miethgelder bezw. Cession der diesem zuständigen act. locati fordern können; aber immer nur, insofern demselben der Miether selbst verpflichtet bleibt,[68]) also auch nur, wie schon bemerkt, so lange letzterer das Miethverhältniß fortsetzt. Es kann aber auch vom Erblasser angeordnet

67) Die Sache liegt wesentlich anders beim Verkaufe eines vermietheten Grundstückes, bei welchem ausbedungen ist, daß der Käufer den Miethzins beziehen soll. (l. 53 pr. D. de A. E. V. 19, 1. l. 58 pr. D. locati 19, 2. l. 13 D. qui potior. 20, 4. vgl. l. 49 pr. D. de A. E. V.)

68) Daher z. B. auch nicht, wenn der Erbe den Miether von seiner Verbindlichkeit befreit.

sein, daß der Legatar bloß in die Verbindlichkeiten aus dem Miethvertrage einzutreten habe, während dem Erben der Miethzins bis zur Beendigung der vertragsmäßigen Miethzeit zufallen soll. Daß hier dem Erben die act. locati gegen den Miether jedenfalls zusteht, und dieser das Miethverhältniß fortzusetzen und „fundum colere“ verpflichtet bleibt, kann keinem Zweifel unterliegen. Wenn aber der Legatar letzterem die Benutzung der Sache entzieht, so würde, abgesehen von der auf Schadloshaltung des vom Miether in Anspruch genommenen Erben gerichteten Klage, sich dieser wegen des entgehenden Miethzinses mittelst act. ex testamento an den Legatar halten können; denn wir haben es hier mit einem dem Legatar auferlegten Vermächtniß des Miethsertrages des ihm selbst vermachten Grundstückes zu Gunsten des Erben zu thun.

Jedenfalls dürfen wir ein solches Vermächtniß nur annehmen, wenn es vom Erblasser besonders angeordnet ist. Eine andere Frage ist es, ob auch ohne ausdrückliche Bestimmung der Legatar verpflichtet sei, den Miether in der Benutzung der Sache zu belassen, und demgemäß dem Erben hafte, wenn er den Miether austreibt und dieser den letzteren in Anspruch nimmt. Für das Vindicationslegat muß diese Frage nach l. 32 cit. („et hoc detrimentum ad heredem pertinere“) verneint werden. Aber aus der hier getroffenen Entscheidung folgt noch nicht, daß dasselbe auch beim Damnationslegat und Fideicommiß gelten müßte. Dort geht das Eigenthum unmittelbar vom Erblasser auf den Legatar über, während der Erbe in die Verbindlichkeit aus dem Miethvertrage succedirt. Weder eine Klage ex testamento gegen den Legatar, der dem Miether die Sache entzieht, wäre zuständig, noch könnte letzterer der rei vindicatio des Legatars eine exceptio entgegensetzen, wenn demselben vom Erblasser nicht die Auflage gemacht ist, dem Miether die Benutzung der Sache

weiter zu gewähren. Beim Damnationslegat und Fideicommiß dagegen wird für den Belasteten die Verbindlichkeit, die Sache zu leisten, begründet. Diese Leistungspflicht kann nun sehr wohl ihre nähere Bestimmung und Begrenzung aus dem muthmaßlichen Willen des Vermächtnißgebers, der durch Auslegung festzustellen ist, empfangen. Man wird wohl aber annehmen können, daß der Erblasser, indem er die Verpflichtung zur Leistung der Sache begründet, regelmäßig nicht die Absicht hat, dem Beschwerten noch die Abfindung oder Entschädigung des Miethers aufzubürden. Damit ist freilich nicht gesagt, daß der Vermächtnißnehmer verpflichtet sein sollte, in den Miethscontract einzutreten und alle aus demselben für den Erben bestehenden Verbindlichkeiten zu übernehmen. [69]) Vielmehr könnte er bloß als verpflichtet angesehen werden, den Miether zu dulden, also ihn in der contractsmäßigen Benutzung der Sache nicht zu hindern. Der Beschwerte würde mithin den Vermächtnißnehmer mittelst Einrede gegen die Klage nöthigen können, daß dieser sich hiezu, wie zur eventuellen Schadloshaltung des ersteren für den Fall der Austreibung des Miethers, durch Stipulation verpflichte, während andererseits er selbst die Herausgabe des von ihm bezogenen Miethzinses bezw. die Abtretung seiner Ansprüche gegen den Miether zu promittiren hätte. [70]) Ohne

69) Davon handelt l. 25 §. 4 D. sol. matr. 24, 3: — non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit, si quid maritus . . damnatus sit id a se praestitum iri; sed et mulieri cavendum, quidquid . . ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restituturum.

70) Vgl. l. 1 §. 15 D. de dote prael. 33, 4: non alias fundum ex relegatione consequi, quam si caverit se passuram colonum frui, dummodo ipsa pensiones percipiat. — Vgl. noch l. 13 §. 30 D. de A. E. V. 19, 1. l. 25 §. 1

solche Caution würde aber dem Beschwerten keine Klage gegen den Vermächtnißnehmer zustehen, wenn dieser nach Leistung der Sache den Miethvertrag nicht anerkennt.

Es würde nur noch eine Schwierigkeit für das justinianische Recht bleiben. Am nächsten läge es, eine solche Verpflichtung des Legatars, den Miethcontract auszuhalten und entsprechende Caution dem Belasteten zu stellen, bei allen Vermächtnissen dem Willen des Erblassers gemäß anzunehmen. Dem widerspricht aber doch entschieden genug die in die Compilation aufgenommene l. 32 cit., welche mit aller Bestimmtheit erklärt, daß die Austreibung des Miethers durch den Vermächtnißnehmer einzig dem Erben zum Nachtheil gereiche. Sollte man nun in dieser Beziehung zwischen dem Vermächtniß einer Erbschaftssache und dem einer Sache des Erben unterscheiden dürfen, so daß bei ersterem, weil das Eigenthum hier stets unmittelbar dem Legatar erworben wird, dieser den Miethvertrag anzuerkennen nicht gehalten sei und somit auch vom Erben nicht in Anspruch genommen werden könne? Oder dürfte man vielleicht zwischen der dinglichen und der persönlichen Klage des Vermächtnißnehmers unterscheiden? Juristische Gründe rein formaler Natur ließen sich dafür wohl beibringen; aber innerlich bliebe jene Unterscheidung völlig unbegründet. Es würde somit nichts übrig bleiben, als hier alles auf den zu ermittelnden Willen des Erblassers abzustellen und die l. 32 cit. auf einen Fall zu beziehen, wo der Legatar von allen Verpflichtungen in Ansehung der bestehenden Miethe befreit sein sollte. Uebrigens würde sich auch beim Vermächtniß einer eigenen Sache des Erblassers und bei der dinglichen Klage des Legatars ein Anhalt für den Anspruch

D. loc. 19, 2. — Nach Cujacius Recit. in l. 36 Pauli ad edict. soll nicht allein der Erbe vom Legatar, sondern auch der Verkäufer vom Käufer allemal Caution verlangen können.

des belasteten Erben auf Cautionsstellung darbieten. Denn richtete der Legatar die rei vindicatio gegen den Erben (oder träte dieser infolge der laudatio auctoris seitens des in Anspruch genommenen Miethers des vermachten Grundstückes ein), so könnte letzterer die cautio mittelst exc. doli erzwingen. Nähme aber der Legatar dem Miether selbst die Sache weg, so würde dem Erben noch das interdictum quod legatorum bereit stehen.

Was das heutige gemeine Recht anbetrifft, so wird der Vermächtnißnehmer in gleicher Weise dem Belasteten verpflichtet sein, die Miethe auszuhalten; ja es würde sich auch die Annahme vertheidigen lassen, daß selbst ohne die Vermittelung einer Caution der vom Miether, welchem der Vermächtnißnehmer den Gebrauch der Sache entzieht, in Anspruch genommene Erbe sich an dem letzteren halten könne. Wie sich die Verhältnisse in denjenigen Rechtsgebieten gestalten, in welchen der deutschen Rechtsanschauung entsprechend dem Miether Besitzschutz gewährt, oder gar der Miethe ein dinglicher Charakter beigelegt und demgemäß die Regel „Kauf bricht nicht Miethe" anerkannt ist, wäre hier nicht weiter zu erörtern.[71]) Nur auf die hauptsächlichsten neueren Gesetzgebungen mag noch ein Blick geworfen werden.

Nach dem österreichischen Gesetzbuche §. 1120 muß der Miether, wenn der Eigenthümer die Sache an einen anderen veräußert hat, dem Erwerber des Eigenthums weichen — abgesehen von dem Falle, wenn der Miethvertrag durch Eintragung in die öffentlichen Bücher ding-

71) Dies gehört in die Lehre von der Miethe; vgl. darüber die sorgfältigen Zusammenstellungen von Fischer a. a. O. §. 4. 5, der sich aber leider auf den Verkauf der vermietheten Sache beschränkt und das Vermächtniß nicht mit in Betracht zieht.

liche Wirksamkeit erhalten hat —, wobei aber bestimmte Kündigungsfristen (von 6 Monaten bei Pachtungen, 14 Tagen bei der Miethe von Grundstücken, 24 Stunden bei der von Mobilien) vorgesehen sind. Es bezieht sich dies auf jede Art von freiwilliger Veräußerung und Singularsuccession, also auch auf das Vermächtniß der vermietheten Sache, um so mehr als durch dieses immer nur eine Forderung auf Leistung der Sache gegen den Erben begründet wird. (S. oben S. 58.) Es hätte also, ganz wie im römischen Recht, der Pächter und Miether, wenn der Legatar die Fortsetzung des Verhältnisses nicht duldet, wegen des erlittenen Schadens den Erben in Anspruch zu nehmen. Damit ist aber natürlich nicht ausgeschlossen, daß der Erbe sich wieder an den Legatar halten kann. Wäre vom Erblasser die Fortsetzung des Miethverhältnisses dem letzteren auferlegt, so würde sich der Miether gegen diesen mit Berufung auf die letztwillige Bestimmung schützen können.

Im preußischen Recht ist der Miethe und Pacht („soweit der Berechtigte sich im wirklichen Besitz der zu gebrauchenden oder zu nützenden Sache befindet") die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes beigelegt worden. „Die Verpflichtung, die Ausübung des dinglichen Rechtes zu gestatten, geht also auf jeden neuen Eigenthümer der belasteten Sache, welcher sein Recht von dem Besteller des Gebrauchs- oder Nutzungsrechtes herleitet, mit über." (A. L. R. Th. I. Tit. 21. §. 2. 3.) Für den Fall der Veräußerung ist noch besonders bestimmt, daß „durch einen freiwilligen Verkauf in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert" wird. (§. 358 ibid.) Dies muß auch auf das Vermächtniß Anwendung finden.

Nach französischem und badischem Recht[72])

72) Code civil und badisches Landrecht Art. 1743. 1750.

gelten nur in betreff der Miethe von Immobilien vom römischen Rechte abweichende Grundsätze, indem nur in diesem Falle der Erwerber der Sache an den Miethvertrag gebunden ist.

Auf dem Boden des römischen Rechts steht wieder das sächsische bürgerliche Gesetzbuch (§. 1222. 1225) insofern, als der Erwerber der Sache die Pacht oder Miethe nicht auszuhalten braucht, sondern die Räumung bezw. Zurückgabe der Sache verlangen kann, während der Verpächter oder Vermiether zum Schadensersatz verpflichtet bleibt. Jedoch muß der Erwerber dabei bestimmte Kündigungsfristen beobachten und, wenn er diese verabsäumt, soll es so anzusehen sein, als sei er in den Vertrag seines Vorgängers eingetreten. Das muß auch beim Vermächtniß der vermietheten Sache gelten. Nun bestimmt hinsichtlich desselben noch §. 2455 ausdrücklich: „Forderungen, welche gegen den Erblasser in Beziehung auf die Sache begründet worden sind, braucht der Vermächtnißnehmer nicht zu erfüllen." Danach muß es allerdings als fraglich erscheinen, ob der vom Miether auf Schadensersatz in Anspruch genommene Erbe sich an den Vermächtnißnehmer halten dürfe, oder ob der Belastete, wenn eine diesem gehörige in Miethe befindliche Sache den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, die Uebergabe derselben bis zur Beendigung der Miethe verweigern bezw. Sicherstellung wegen eventueller Schadloshaltung vom Vermächtnißnehmer verlangen könne: es sei denn, daß der Wille des Erblassers, daß der Vermächtnißnehmer in die Verpflichtungen des Vermiethers eintreten solle, ausdrücklich erklärt ist oder sonst deutlich erhellt.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich endlich hält im Allgemeinen an dem Grundsatze des römischen Rechtes fest, daß der Erwerber an den Miethvertrag des Veräußerers nicht gebunden sei und so-

mit den, lediglich ein Forderungsrecht gegen seinen Vermiether behaltenden Miether austreiben könne.[73]) Eine Ausnahme hievon ist gerade aber für den Fall des Vermächtnisses der vermietheten Sache in §. 1860 festgesetzt worden:

„Ist der durch Vermächtniß zugewendete Gegenstand über die Zeit der Erfüllung des Vermächtnisses hinaus vermiethet oder verpachtet, so ist anzunehmen, daß der Vermächtnißnehmer zu Gunsten des Miethers oder Pächters sowie des Beschwerten mit der Verpflichtung beschwert sei, für die Zeit nach der Erfüllung des Vermächtnisses den Miethvertrag oder Pachtvertrag insoweit zu erfüllen, als der Erblasser zur Erfüllung verpflichtet gewesen sein würde."

Der Vermächtnißnehmer tritt somit nicht in den Miethvertrag und die aus ihm hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten ein, sondern er ist lediglich neben dem Vermiether dem Miether verpflichtet,[74]) der also nach seiner Wahl ihn wie den Vermiether in Anspruch nehmen kann. Letzterenfalls würde diesem der Vermächtnißnehmer haften, so als ob derselbe ausdrücklich mit der entsprechenden Auflage zu Gunsten des Vermiethers belastet wäre. Daß der Miether auf die Aufforderung des Vermächtnißnehmers das Grundstück nicht zu räumen braucht, ist selbstverständlich.

73) Eine zutreffende Kritik des Entwurfes giebt Fischer a. a. O. S. 103 fg. S. 117 fg. Bei beweglichen Sachen ist die Stellung des Miethers schon dadurch gesichert, daß gegen seinen Willen die zur Eigenthumsübertragung erforderliche Uebergabe nicht erfolgen kann, wobei man sich daran erinnern muß, daß nach dem Entwurf durch das Vermächtniß niemals Eigenthum unmittelbar übergeht.

74) Während er selbst nach §. 1878 vom Erben die bezogenen Miethzinsen beanspruchen kann.

Die Begünstigung des Beschwerten würde also nur in dem Falle hervortreten, wenn der Vermächtnißnehmer den sonstigen Verbindlichkeiten aus dem Miethvertrage nicht nachkommt, und der Miether sich an den Beschwerten hält. Denn es ist wohl zu beachten, daß der Vermächtnißnehmer nicht bloß den Gebrauch der Sache dem Miether zu belassen verpflichtet ist, sondern auch alle übrigen Verbindlichkeiten aus dem Miethvertrage, wie z. B. auch die Haftung auf Ersatz des durch Mängel der Sache für den Miether entstandenen Schadens (Entw. §. 506) übernimmt. Nach den Schlußworten des §. 1860 („als der Erblasser zur Erfüllung verpflichtet gewesen sein würde") muß man die Vorschrift nothgedrungen auf das Vermächtniß einer Erbschaftssache beschränken.[75]) Es würde mithin beim Vermächtniß einer dem belasteten Erben gehörigen Sache, welche von diesem vermiethet ist, der Vermächtnißnehmer weder zu Gunsten des Beschwerten noch des Miethers verpflichtet sein, den Miethvertrag zu erfüllen. Und doch würde dieselbe Vorschrift in diesem Falle durch die gleiche ratio legis gefordert werden, und würde auch hier „die Anwendung des Grundsatzes, daß Sondernachfolge Miethe und Pacht bricht, zweifellos nicht dem Willen des Erblassers entsprechen." Darin, daß hier der Vermächtnißnehmer an den Miethvertrag nicht gebunden sein soll, liegt eine ungerechtfertigte Inconsequenz.[76])

75) Die Motive denken dabei zugleich an das Verschaffungsvermächtniß einer — wie der Erblasser weiß — fremden Sache, die von ihm vermiethet war: ein Fall, der kaum praktisch sein dürfte.

76) Man könnte beinahe annehmen, daß der §. 1860 nur eine incorrecte Fassung erhalten hat („Erblasser" in dem Schlußsatze statt „Beschwerte"), oder daß die Redaktoren nur an das Vermächtniß einer Nachlaßsache, als den gewöhnlichsten Fall eines Vermächtnisses, zufällig gedacht haben.

IV. In einer großen Anzahl von Fällen endlich ist der Vermächtnißnehmer dem Belasteten zur Cautionsleistung, bald mittelst bloßer Repromission bald mittelst Bürgschaftsstellung, verpflichtet,[77]) welche durch doli exceptio gegen die Vermächtnißklage erzwungen werden kann.[78]) Die einen Cautionen bezwecken Sicherstellung des Belasteten gegen etwaige Ansprüche Dritter und Schadloshaltung, die anderen beziehen sich auf die Erfüllung einer dem Vermächtnißnehmer vom Erblasser gemachten Auflage. Sie sind hier nur übersichtlich zusammenzustellen.

Zur ersten Klasse gehören folgende Cautionen: Die cautio evicta hereditate legata reddi;[79]) die cautio, quanto amplius per legem Falcidiam ceperit, reddi.[80]) Das Indemnitätsversprechen (cautio defensum iri), welches in den verschiedensten Fällen verlangt werden kann. So, wenn mehrere Personen auf das Vermächtniß Anspruch erheben und es ungewiß ist, wem es zukomme;[81]) ferner beim peculium legatum in betreff der Klagen der Peculiargläubiger gegen den Erben;[82]) wegen der vom Erben hinsichtlich der vermachten Sache geleisteten cautio damni

77) Vgl. Brissonius de formulis l. V. c. 151. ed. noviss. p. 424 sqq.

78) Bei Versäumniß der Cautionsstellung findet auch condictio indebiti der auf Grund des Vermächtnisses gemachten Leistung statt. l. 39 D. de cond. ind. 12, 6. l. 3 §. 10 D. si cui plus. 35, 3.

79) Hierüber besonders Francke Comm. üb. d. Tit. de hered. petit. S. 25. 107 fg.

80) l. 1 pr. D. si cui plus. 35, 3. Des näheren ist darüber in dem Comment. zu jenem Titel zu handeln.

81) l. 8 §. 3. 4 D. de leg. II. l. 11 §. 21 eod. III. Vgl. Arndts in dem Comment. Th. 46. S. 449 fg.

82) z. B. l. 17. 18 D. de pecul. leg. 33, 8.

infecti;[83]) beim legatum dotis causa an den künftigen Schwiegersohn;[84]) beim Vermächtniß der promittirten dos an die Ehefrau;[85]) beim praelegatum dotis des Gewalthabers an die Schwiegertochter oder an den enterbten Sohn.[86])

Von den Cautionen der zweiten Klasse[87]) sind hervorzuheben das bei den fideicommissum familiae relictum übliche Restitutionsversprechen[88]) und die auf Freilassung bezw. Restitution gerichtete Caution bei der fideicommissarischen Freiheitsertheilung an den vermachten Sklaven.[89]) Insbesondere gehört aber hieher die dem Erben zu stellende cautio de restituendo, wenn die Sache nur auf Zeit vermacht worden ist. Bei ihr müssen wir noch einen Augenblick verweilen.

Bis auf Justinian war ein Vermächtniß, ebenso wie eine Schenkung, auf Zeit (bestimmte oder unbestimmte) zweifellos ungültig; d. h. Eigenthum wurde dadurch überhaupt nicht übertragen.[90]) War ein Damnationslegat auf zeitweilige

83) Arg. l. 55. D. sol. matr. 24, 3.

84) l. 71 §. 3 D. de C. et D. 35, 1. Dazu Bechmann Dotalrecht II. S. 126 fg. Czyhlarz Dotalrecht S. 139 fg.

85) l. 29 D. de J. D. 23, 3.

86) l. 1 §. 9. 10. l. 7 pr. D. de dote prael. 33, 4. Bechmann a. a. O. II. S. 287 fg. Czyhlarz a. a. O. S. 326 fg.

87) Im Allg. vgl. l. 19 D. de leg. III. l. 71 pr. D. de C. et D. 35, 1. Nicht hieher gehört l. 3 §. 4 D. de adim. leg. 34, 4, wo es sich bei der cautio de fundo non alienando materiell um eine Indemnitätspromission vermuthlich mit Pönalclausel handelt.

88) l. 69 §. 3 cfr. l. 67 §. 6 D. de leg. II.

89) l. 40 §. 1 D. de man. test. 40, 4. l. 47 §. 3. l. 48 D. de fideic. lib. 40, 5.

90) Dies wird dargethan durch l. 26 pr. C. cit. und durch das Reskript Diocletians in Fragm. Vat. §. 283, wo es

Eigenthumsübertragung gerichtet — ein Fall, der wohl kaum vorkommen mochte — so stand nichts im Wege, den Willen des Erblassers durch Auferlegung einer Caution bei Einforderung des Vermächtnisses zu realisiren.[91]) Nun verfügte Justinian in l. 26 C. de legat. 6, 37 (a 532):

Illud quod de legatis vel fideicommissis temporalibus utpote irritis a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus sancientes et talem legatorum vel fideicommissorum speciem valere et firmitatem habere. — Cum enim iam constitutum est fieri posse temporales donationes et contractus,[92]) consequens est etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus

deutlich genug heißt: donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit.

91) l. 55 D. de leg. I. — „nec tempore aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest" handelt von dem ganz anderen Falle eines bestimmten oder unbestimmten Endtermines für die dem Erben auferlegte Verbindlichkeit; vgl. l. 44 §. 1 D. de O. et A 44, 7. Würde übrigens dem Erben anbefohlen sein, eine Sache auf eine bestimmte Zeit nach des Erblassers Tode zu übertragen (vgl. oben S. 292), so wäre es nicht zweifelhaft, daß nach Ablauf dieser Zeit eine Forderung gegen den Erben nicht mehr geltend gemacht werden könnte. — Eher ließe sich ein Vermächtniß auf Zeit in der Form des legatum sinendi modo denken. — Was endlich das Fideicommiß anbetrifft, so ist die Angabe in l. 26 C. cit., daß fideicommissa temporalia bisher irrita gewesen seien, allerdings auffallend. Man sollte doch meinen, daß auch hier die Aufrechterhaltung unter Cautionsstellung von jeher keinem Bedenken unterlegen hätte; vgl. l. 39 D. de usufr. leg. 33, 2.

92) Dieser Hinweis bezieht sich auf die interpolirte l. 2 C. de don. qu. sub. m. 8, 54 (S. 582), die sich schon in der ersten Ausgabe des Codex befand.

relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari: post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario vel fideicommissario cautionem in personam heredis exponere, ut post transactum tempus res non culpa eius deterior facta restituatur.

Zweifelhaft ist der Umfang dieser justinianischen Neuerung. Bei weitem die meisten älteren und neueren Schriftsteller nehmen an, daß hier ein ipso iure eintretender Rückfall des Eigenthumes anerkannt sei.[93]) Dagegen spricht schon die Analogie der „temporales donationes et contractus," auf welche sich Justinian bezieht. Ebenso wie diese, sollen auf Zeit hinterlassene Vermächtnisse gültig sein. Kein Wort von einem Eigenthumsübergange oder von einem Rückfalle des Eigenthumes. Und zwar sollen diese Vermächtnisse in der Weise aufrecht erhalten werden, daß sie nach Ablauf der Zeit an den belasteten Erben zurückkehren, indem der Vermächtnißnehmer verpflichtet sein soll, Caution für die Restitution der Sache in unversehrtem Zustande zu leisten. Damit ist nun freilich nicht gesagt, daß erst durch die Caution der Rückerwerb vermittelt, ein Anspruch des Erben auf Restitution überhaupt erst begründet werde,[94]) sondern diese dient nur zur Bestärkung des anerkannten Rückforderungsrechts des Erben, zur Sicher-

93) So vornehmlich unter den Aelteren Donellus, Giphanius, Wissenbach ad h. l. (in ihren Commentaren zum Codex) unter den Neueren Böcking Institutionen II. S. 179. Windscheid Pand. I. §. 96. Anm. 6. §. 172. Anm. 17. III. §. 635. Anm. 4, Dernburg Pand. I. §. 114 Anm. 15, Bekker Pand. I. S. 121, Karlowa Rechtsgeschäft S. 114.

94) Wie Cujacius ad h. l. und im comm. ad tit. Cod. 8, 54 meint.

stellung gegen die möglicherweise stattfindende schuldhafte Verschlechterung oder Verbringung der Sache durch den Vermächtnißnehmer.

Ganz mit Unrecht berufen sich die Gegner auf l. 2 C. de don. qu. s. modo 8, 54. Denn wenn es hier von der Schenkung mit der Abrede, daß nach des Beschenkten Tode die Sache an den Schenker zurückkommen soll, heißt: „donatio valet, cum etiam ad tempus ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda," so lehrt die Vergleichung mit dem ursprünglichen Wortlaut dieses Diocletianischen Reskriptes in Fragm. Vat. §. 283 (s. Anm. 90), daß hier nur die Gültigkeit der Schenkung und die Aufrechterhaltung der Nebenbestimmung (mittelst condictio) anerkannt, keineswegs aber ein dinglicher Rückfall festgesetzt werden soll.[95])

Wir sagten, der Erbe habe nach Eintritt der Bedingung oder des Termines ein persönliches Rückforderungsrecht.[96]) Dabei ist aber noch einer Schwierigkeit wegzuräumen. Unsere l. 26 ist fast drei Jahre nach l. 1 C. comm. de leg. 6, 43 erlassen, welche dem Vermächtnißnehmer unter Voraussetzung des Vermächtnisses einer dem Erblasser gehörigen Sache allemal eine dingliche Klage gewährte. Mithin würde auch in unserem Falle der Vermächtnißnehmer das Eigenthum erwerben, aber der Erbe braucht die Sache nur gegen Stellung von Caution herauszugeben. Wie nun aber wenn sie sich bei einem Dritten befand, von welchem sie der Vermächtnißnehmer erlangt hat,

95) l. 3 §. 2 C. comm. de leg. 6, 43, auf welche sich namentlich Böcking und Bekker berufen, gewährt sicher keine Stütze für die von ihnen vertretene Auffassung.

96) So v. A. Sintenis Civilrecht III. §. 211. Anm. 2. Brinz Pand. 1. Aufl. II. S. 1526.

oder wenn sie zufällig schon früher in den Händen des letzteren war? Wenn auch Justinian an diesen Fall nicht gedacht hat, so werden wir doch dem Erben einen Anspruch auf Cautionsleistung, der durch condictio sine causa oder auch möglicherweise mittelst interdictum quod legatorum realisirt werden könnte, nicht versagen dürfen. Aber selbst ohne Caution steht dem Erben eintretenden Falles die Rückforderung zu. Auch hier wäre eine condictio die entsprechende Klage. Man meint wohl auch, daß in einem solchen zeitlich begrenzten oder unter einer Resolutivbedingung hinterlassenen Vermächtniß dem Legatar ein stillschweigendes Fideicommiß zu Gunsten des Erben auferlegt sei, [97]) das dann mit den gewöhnlichen Vermächtnißklagen geltend gemacht werden könne. Diese Auffassung findet aber in der l. 26 cit. keine Stütze, sie scheint dem Gesetzgeber ganz ferne zu liegen. Nimmt man ein solches stillschweigendes Fideicommiß an, so wird man auch den unmittelbaren Uebergang des Eigenthumes auf den Erben anerkennen und demselben die rei vindicatio gegen jeden Besitzer der Sache einräumen müssen. Aber freilich wäre der dingliche (Rück-) Erwerb des Erben infolge des Fideicommisses begrifflich und praktisch verschieden gestaltet von einem zeitlich begrenzten Eigenthume des Vermächnißnehmers.

97) z. B. Brinz a. a. O. Scheurl Beiträge II, 2. S. 65 fg.

§. 1528.

Die Vermächtnißklagen. Insbesondere die Litiscrescenz beim Damnationslegat und die persecutio fideicommissi im vorjustinianischen Recht und die actio Publiciana des Vermächtnißnehmers.

Der Vermächtnißnehmer hat im justinianischen Recht stets eine persönliche, auf Erfüllung des Vermächtnisses gerichtete Klage gegen den Belasteten. Außerdem steht ihm, falls den Gegenstand des Vermächtnisses eine Erbschaftssache bildet, eine dingliche Klage zu Gebote, welche, wenn der Belastete im Besitze ist, mit der persönlichen Klage alternativ cumulirt werden kann. Ueber die Voraussetzungen und den Erfolg dieser Klagen ist schon bisher gehandelt worden. Gesichert ist die Vermächtnißforderung ferner durch ein gesetzliches Pfandrecht und durch ein Veräußerungsverbot hinsichtlich der vermachten Erbschaftssache. Damit soll sich der folgende Paragraph beschäftigen. Gegenwärtig sind es zwei Fragen des vorjustinianischen und eine des justinianischen Rechtes, auf welche noch näher eingegangen werden muß.

I. Eine Eigenthümlichkeit des Damnationslegates bestand bekanntlich darin, daß, wenn sein Gegenstand ein certum — sei es eine bestimmte Geldsumme oder eine individuelle Sache — war, die Condemnation des Erben im Falle der infitiatio auf das Doppelte ging.[1]) Nur durch confessio

1) Gaius II. §. 282 (si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur.) IV. §. 9. (adversus infitiantem in duplum agimus: quod accidit — legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt.) §. 171. vgl. §. 7 J. de obl. quasi ex contr. 3, 27. Arndts in dem Comment. Th. 46 S. 24 und

konnte der belastete Erbe diese Folge abwenden. Wie beschaffen hier aber confessio und infitiatio sein mußten, wenn das eine oder andere eintreten sollte, welche Natur und Wirkung die confessio hatte, das ist eine Frage, deren Beantwortung große Schwierigkeiten bereitet und über welche nach Lage der Quellen wohl kaum völlig ins Reine zu kommen sein wird.[2])

Demelius[3]) statuirt eine grundsätzliche Verschiedenheit der juristischen Natur und Wirkung der confessio in den sogen. Litiscrescenzfällen und der sonstigen confessio in iure, indem er das aus den Quellen für die actio legis Aquiliae sich Ergebende generalisirt. Die confessio certi d. i. das auf eine bestimmte Geldsumme gerichtete Geständniß hätte den gewöhnlichen Exekutiveffekt gehabt, während gegen den incerti confessus eine besondere Klage, die actio confessoria, gegeben wäre. Erst die auf Grund dieser Klage aus dem confessum erfolgende Litiscontestation hätte das Zugestandene formell außer Streit gesetzt, indem sich dadurch der Beklagte in entscheidender Weise für die Uebernahme des iudicium mit der confessorischen (im

die daselbst angeführte Literatur. Die frühere Streitfrage, ob die Litiscrescenz nur beim legatum einer certa pecunia oder auch einer certa res überhaupt eintrat, ist durch die neuere Lesung von Gai. IV. §. 9 wohl erledigt.

2) S. überhaupt Huschke in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. XIII. S. 259 fg. 269 fg. Rudorff ebendas. XIV. S. 381 fg. 406 fg. Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II. S. 542 fg. und vor Allem die gründliche Untersuchung von Demelius die confessio im röm. Civilproz. 1880 insbesondere §. 14, der jedoch die uns speziell interessirende Frage nur beiläufig streift; vgl. auch Pernice Sachbeschädigung S. 102 fg., dessen Ausführungen übrigens Demelius übersehen zu haben scheint.

3) a. a. O. S. 181 fg.

Gegensatze zur infitiatorischen) Formel erklärte.[4]) So wäre denn durch die confessio der Prozeß nicht abgeschnitten, sondern ihm nur eine veränderte Form gegeben, während sonst die confessio in iure — certi und rem petitoris esse und auch die incerti nach der oratio D. Marci (l. 6 §. 2 D de conf. 42, 3) — die Litiscontestation abschneide und ihre Kraft aus sich selbst nehme. Demnach habe die confessio in den Litiscrescenzfällen einen ganz anderen Charakter. In ihr sei nicht eine den Rechtsstreit abschneidende totale Submission zu sehen, sondern die Uebernahme eines auf bestimmter Grundlage gearteten Rechtsstreites. Das confiteri bezw. infitiari habe bei der act. l. Aquiliae nicht zum Gegenstande die Existenz des klägerischen Ersatzanspruches überhaupt, sondern nur gewissermaßen den subjektiven Thatbestand, die Thäterschaft des Beklagten. So sei denn auch beim legatum rei certae das Geständniß gerichtet bloß auf die Thatsache, daß im Testament das Legat ausgesetzt war.[5])

Dies alles kann man mit mehr oder weniger Vorbehalt für die aquilische Klage zugeben, jedoch der Schluß von dieser auf das Legat erscheint als unstatthaft. Um mit dem letzteren von Demelius aufgestellten Satze zu beginnen, so könnte zunächst die confessio dann nicht, wie er selbst annimmt, gehen auf: „se Stichum legatum (besser jedenfalls: ex testamento) debere," sondern müßte folgerichtig lauten: „se testamento damnatum esse Stichum dare." Aber abgesehen von diesem formellen Bedenken läßt sich gegen seine Auffassung geltend machen, daß sie in sich widerspruchsvoll und inconsequent ist. Wie auffallend,

4) Vgl. auch a. a. O. S. 83: „die entscheidende Thatsache ist, ob Beklagter den Prozeß mit der regelmäßigen oder mit der confessorischen Formel übernimmt."

5) a. a. O. S. 192. Anm. 3.

daß die confessio beim Vermächtniß einer bestimmten Sache ganz anders geartet sein soll, wie beim Vermächtniß einer Geldsumme! Hier Geständniß der Geldschuld mit gewöhnlichem Exekutiveffekt („confessus pro iudicato est“), dort das Geständniß der Hinterlassung des Vermächtnisses. Man fragt doch unwillkürlich, warum sollte dann nicht auch im ersteren Falle die confessio die Thatsache, daß dem Erben ein Vermächtniß der Geldsumme gültig auferlegt sei, zum Gegenstande haben? Und ebenso umgekehrt, warum sollte nicht im zweiten Falle die confessio darauf gerichtet sein, daß man schuldig sei, den vom Kläger beanspruchten Gegenstand zu leisten? Es läßt sich nicht absehen, weshalb der Erbe, von dem ein bestimmtes Grundstück oder ein bestimmtes Maß Getreide ex testamento gefordert wird — wenn er etwa in der Meinung, daß die Erbschaft nach Befriedigung der Gläubiger und Abzug der quarta Falcidia nicht mehr so viel übrig lasse, die vollständige Leistung des Vermächtnisses dem Legatar verweigert — durch Geständniß der Vermächtnißauflage die Gefahr der Verurtheilung auf das duplum von sich abwenden könne, ohne doch infolge desselben bei Insufficienz des Nachlasses bis zum vollen Werthe der vermachten Sache haften zu müssen: während er, wenn hundert gefordert werden, in der gleichen Lage entweder sich durch confessio der Exekution in dem vollen Betrage der eingestandenen Schuld unterwerfen, oder bei Bestreitung des klägerischen Anspruches eventuell das duplum riskiren müßte.

Allerdings läßt uns Demelius über den Umfang das officium iudicis bei der confessorischen Klage im Falle des Vermächtnisses im Unklaren. Wir ziehen aber nur die Consequenz seiner Auffassung von dem Gegenstande der confessio, wenn wir annehmen, daß nach ihm eine Verurtheilung überhaupt nicht bezw. nicht auf den vollem Werth der vermachten Sache erfolgen konnte, wenn die

Erbschaft etwa als insolvent oder nicht ausreichend zur vollständigen Befriedigung des Legatars sich erwies, oder wenn die vermachte Sache nach dem Tode des Erblassers untergegangen war.[6]) Es würde dies voraussetzen, daß der Judex hier die Anweisung erhalten hätte, festzustellen, ob und wieviel der belastete Erbe auf Grund seines Geständnisses zu leisten verpflichtet sei.[7])

Aber ist denn überhaupt nur eine entfernte Aehnlichkeit zwischen dem Schadensersatzanspruch e lege Aquilia und der Vermächtnißforderung vorhanden? Daß dort das Geständniß auf etwas anderes als „iniuria se servum occidisse" ginge, würde schon schwer vorstellbar sein. Es ist ja eben der subjektive Thatbestand der rechtswidrigen Tödtung, auf welchen der Kläger seinen Anspruch auf Schadensersatz gründet, hinsichtlich dessen Schätzung der geständige Beklagte sich mit dem Kläger in Differenz befindet. Dagegen wenn der Erbe bei der Einforderung des legatum certae rei bloß die Existenz des Vermächtnisses d. h. die Hinterlassung desselben eingestehen sollte, so würde es sich in erster Reihe noch immer um die Frage handeln, ob er überhaupt verpflichtet sei. Der Legatar beansprucht die vermachte Sache selbst; es handelt sich gar nicht darum, daß die Parteien sich nicht in betreff der aestimatio rei einigen können — denn diese steht nicht in Frage —, sondern darum, ob der Erbe die Sache zu leisten habe.

6) Letzteres allerdings in vollem Widerspruche mit l. 5 D. de confess. 42, 2. (S. 596.)

7) Die Formel müßte dann etwa lauten: Quod N.^s N.^s con- confessus est, se testamento P. Maevii damnatum esse A.° A.° hominem Stichum dare, quidquid ob eam rem N.^m N.^m A.° A.° dare facere (oder quantam pecuniam dare) oportet etc. Jedoch soll eine solche Formel keinesweges Demelius insinuirt werden.

Beschränkt nun der Erbe seine confessio auf die bloße Thatsache, daß ihm das Vermächtniß in rechtsgültiger Weise auferlegt sei, weigert sich aber, die vermachte Sache zu leisten, so kann dies nur den Sinn haben, daß er die Vermächtnißforderung überhaupt negirt.

Da die Klage aus dem legatum certae rei auf „si paret dare oportere“ gerichtet ist, so muß auch die confessio einen dem entsprechenden Inhalt haben,[8]) gleichwie bei certa pecunia legata das Geständniß das Schuldigsein der betreffenden Summe zum Gegenstande hat. Ein infitiari liegt also dann vor, wenn der in Anspruch genommene Erbe es auf die Einsetzung des gewöhnlichen iudicium ankommen läßt, indem er die vom Legatar geltend gemachte Forderung nicht in iure eingesteht und sich weigert, denselben zu befriedigen: sei es nun, daß er die Existenz oder Gültigkeit des Vermächtnisses selber bestreitet, oder die Tilgung oder Aufhebung der Vermächtnißforderung behauptet, sei es daß er den erhobenen Anspruch direkt ableugnet oder ihm eine Einrede entgegensetzt.[9])

Sehen wir nun zu, wie sich die Durchführung des Vermächtnißanspruches hier im Einzelnen gestaltet.

1. Handelt es sich um certa pecunia legata, so treten mit der confessio die Wirkungen des rechtskräftigen Urtheils ein: confessus pro iudicato est. Jedoch kommt es nicht sofort zur Vollstreckung, sondern es wird dem Schuldner noch eine Zahlungsfrist gewährt. Während nun aber sonst die dem verurtheilten Schuldner gesetzlich zuständige Zahlungsfrist auch für den confessus gilt,[10]) hat

8) Ob sie wörtlich auf se rem ex testamento dare oportere oder se rem debere lautete, käme nicht weiter in Betracht.

9) Vgl. Demelius S. 123. 191. Pernice S. 111.

10) Paul. sent. V. 5ª. §. 2. l. 6 §. 7 D. de conf. 42, 2. cfr. Gaius III. §. 78. l. 21 D. de iud. 5, 1. (s. Anm. 18),

hier der Prätor nach billigem Ermessen, unter Berücksichtigung der im einzelnen Falle obwaltenden Umstände dem Erben eine angemessene Frist zur Befriedigung des Legatars zu setzen. Diese Abweichung erklärt sich leicht, wenn man in Betracht zieht, daß der Erbe nicht durch seinen eigenen Willen, sondern durch die Anordnung des Erblassers dem Legatar verpflichtet wird.[11]) Man kann von ihm höchstens beanspruchen, daß er das Vermächtniß sobald als möglich entrichte, und es wäre unbillig, ihn auf die einem sonstigen geständigen Schuldner zustehende Zahlungsfrist zu beschränken, wenn es nach Beschaffenheit und Lage der Erbschaft nothwendig einer längeren Zeit bedürfte, um die zur Befriedigung des Legatars erforderlichen Gelder flüssig zu machen. Eine Schwierigkeit entsteht nun aber aus l. 71 §. 2 D. de leg. I.:

Ulpianus l. 51 ad Edictum. — In pecunia legata confitenti heredi modicum tempus ad solutionem dandum est nec urguendum ad suscipiendum iudicium: quod quidem tempus ex bono et aequo praetorem observare oportebit.

Der geständige Erbe darf zur Uebernahme des iudicium nicht gedrängt werden. Wie dies zu verstehen, ist streitig. Man möchte zunächst an eine zur Realisirung des confessum bestimmte Klage denken. Da es aber eine der actio iudicati analoge act. confessi nicht giebt,[12]) so kann davon hier nicht die Rede sein. Bethmann-Hollweg[13])

aber auch l. 2 D. de re iud. 42, 1. Die l. 31 eod. handelt vom Cognitionsverfahren.

11) Vgl. oben S. 54 fg. S. 396.

12) Paul. sent. II. 1 §. 5. Si qui de debito quocumque modo confessus docetur, ex ea re actio creditori non datur, sed ad solutionem compellitur. Vgl. Demelius a. a. O. S. 216 fg.

13) a. a. O. S. 545 Anm. 23.

findet in der Stelle den Beweis dafür, daß es im Formularprozeß dem Beklagten freigestanden hätte, sein Geständniß zu widerrufen und das iudicium mit der poena dupli zu übernehmen. Dem steht aber abgesehen von allem Anderen, wie auch Demelius bemerkt,[14]) entgegen, daß in der Stelle von einer Zurücknahme des Geständnisses und von einem Rechte des confessus, auf das iudicium zu provociren, offenbar gar nicht gehandelt wird, sondern nur davon, daß er nicht gedrängt werden dürfe. Aber Demelius' eigene Erklärung ist ebenso wenig annehmbar. Falls der Kläger und der confessus einverstanden seien, meint er, stehe der Litiscontestation nichts entgegen. „Wäre nun der geständige Erbe von dem Moment der confessio an der Exekution ausgesetzt, so könnte er bei nicht bereiten Zahlungsmitteln vom Gläubiger, der einem zahlungsfähigen Manne gegenüber lieber das duplum leicht erstreitet, als das simplum ein wenig früher bekommt, dahin gedrängt werden, unter Zurücknahme des Geständnisses sich auf den Prozeß einzulassen und somit geringe Frist durch das duplum zu erkaufen." Das mag alles ganz richtig sein; wenn nun aber Demelius hinzufügt: „Davor den bereitwilligen Erben zu bewahren, ist die Tendenz unserer Stelle," so möge die Frage gestattet sein: kann denn dies mit der Wendung „nec urguendum ab suscipiendum iudicium" überhaupt ausgedrückt werden? Müßte es, wenn der Jurist jenes Motiv aussprechen wollte, nicht wenigstens heißen: ne urgeatur etc.? Aber kann denn überhaupt das urgueri von einem Drucke oder moralischen Zwange verstanden werden, den der Kläger auf den confessus behufs Zurücknahme des Geständnisses ausübt? Zweifellos hat man bei den urgueri an magistratischen Zwang zu denken,

14) a. a. O. S. 141 fg.

durch welchen der Erbe genöthigt würde, das iudicium zu übernehmen.[15]) Und will man nicht annehmen, daß Ulpian dabei an das weitere an die confessio sich anreihende Exekutionsverfahren denkt — womit wir ihm eine unglaublich leichtfertige Ungenauigkeit des Ausdruckes zumuthen würden —, so bleibt nichts übrig, als darunter das ordentliche iudicium cum poena dupli zu verstehen, auf welches der in Anspruch genommene Erbe sich einlassen muß. Damit gelangen wir aber zu folgendem Ergebniß.

Wenn der geständige Schuldner (Erbe) nicht zahlt, so findet das weitere Verfahren gegen ihn statt. Er braucht jedoch nicht auf der Stelle zu zahlen, sondern es wird ihm eine angemessene Zahlungsfrist gesetzt. Nach Ablauf derselben kann der Kläger entweder die Vollstreckung des confessum veranlassen, oder den geständigen Schuldner zur Uebernahme des iudicium in duplum nöthigen.[16]) Es verhält sich somit gerade umgekehrt, wie Bethmann-Hollweg annimmt; nicht dem confessus, sondern dem Kläger steht die Wahl zu. Und dawider ließe sich schwerlich etwas Stichhaltiges einwenden. Wollte man sich auf den Satz „confessus pro iudicato est" berufen,[17]) so widerspricht

15) Es paßt hierauf wörtlich, was Demelius S. 159 in Anknüpfung an l. 6 §. 1 D. de conf. 42, 4 über die Folgen der incerti confessio bemerkt.

16) Das scheint auch in der Stelle klar ausgesprochen: dem geständigen Erben muß eine Zahlungsfrist gegeben werden und er darf, nämlich während dieser Frist, nicht ad suscipiendum iudicium sc. de legata pecunia gedrängt werden.

17) Daß hier l. 25 §. 2 D. ad l. Aq. 9, 2 nicht in Betracht kommen kann, bedarf keiner weiteren Ausführung; vgl. auch Demelius S. 190 und oben S. 588.

ihm die hier vertretene Auffassung in keiner Weise, wie denn auch Demelius es als selbstverständlich betrachtet, daß der Kläger auf die Rechtswirkungen der confessio verzichten könne. Allerdings fügt er die Beschränkung hinzu: „falls auch der confessus prozessiren will.“ Danach würde also aus der confessio dem Schuldner selbst das Recht erwachsen, nicht weiter mit Klage — sondern sofort mit Exekution — in Anspruch genommen zu werden. Die ganze Frage hat nur Bedeutung für die Fälle der sog. Litiscrescenz und hier muß jenes angebliche Recht des Schuldners entschieden in Abrede gestellt werden.

Der Schuldner gewinnt hier aus der confessio im Grunde genommen kein anderes Recht, als das, während der Zahlungsfrist unbehelligt gelassen zu werden.[18]) Nicht das bloße Geständniß, sondern die diesem entsprechende Befriedigung des Gläubigers bis zum Ablauf der Frist befreit ihn, wie von der Exekution, so von der Uebernahme des iudicium. Das ist auch begreiflich genug. Wenn dem

18) Mehr läßt sich auch aus l. 21 D. de iud. 5, 1 (Ulp.) nicht entnehmen. Wenn der Gläubiger Klage erhebt und der Schuldner die Schuld eingesteht und sich zur Zahlung bereit erklärt, so soll letzterer damit Gehör finden und eine Frist beanspruchen können. Es wird also das Verfahren einfach sistirt; von der Rechtswirkung der confessio redet die Stelle nicht. Beiläufig bemerkt, handelt Ulpian in dem l. 70 ad edictum, dem diese Stelle entnommen ist, auch von dem interdictum quem fundum, wie Lenel, edictum perp. S. 381 erkannt hat, und schweift von dem defendere nolle bei der rei vindicatio auf die confessio ab. Uebrigens machen die Worte „cum competenti cautela“ allerdings, wie schon längst bemerkt (s. außer den bei Schulting in not. ad h. l. Citirten noch Cujacius in Recitt. ad tit. D. V, 1.), den Eindruck einer Interpolation.

Schuldner der Nachtheil, eventuell das Doppelte leisten zu müssen, angedroht ist, so soll dies eine Nöthigung für ihn sein, den Gläubiger aus freien Stücken zufrieden zu stellen, also auf Anforderung desselben ohne weiteres zu leisten. Es kann dies doch kaum noch als ein Eingeständniß der Schuld gelten, wenigstens kann der Beklagte sich nicht auf seine ihn vor der poena dupli schützende confessio berufen, wenn er zwar den Anspruch des Klägers zugiebt, ihn aber zu erfüllen sich weigert, und es so zu sagen darauf ankommen läßt, wie letzterer das ihm Geschuldete erlange. Es möchte dies besonders dann einleuchtend sein, wenn die Existenz der Schuld selbst ganz unzweifelhaft ist, wie das beim Damnationslegat einer Geldsumme häufig der Fall sein wird, so daß ein eigentliches Bestreiten derselben dem Beklagten gar nicht in den Sinn kommen könnte.[19])

19) Was mit besonderer Beziehung auf das Vermächtniß bemerkt ist, wird in gleicher Weise beim depensum gelten. Auch die actio iudicati geht allemal in duplum. Wenn der iudicatus während der ihm zuständigen Frist nicht geleistet hat, so kann ihn das Geständniß der Urtheilsschuld ohne Zahlung nicht von der Uebernahme der act. iudicati befreien. Oder sollte etwa dem Beklagten in der act. iudicati, wenn er geständig ist, wiederum eine Zahlungsfrist gewährt sein? Und wenn nicht, wozu denn überhaupt dieser ganze Umweg der act. iudicati, die im Falle der confessio doch nur die dem Kläger mit dem Ablauf des tempus iudicati bereits zuständige Exekution zur Folge gehabt hätte? (Vgl. übrigens Demelius a. a. O. S. 221 in betreff der Anfechtung der confessio durch den Schuldner behufs Abwendung der aus ihr erhobenen Exekution). Das würde uns auch auf die nach dem Stande der Quellen kaum mit Sicherheit zu beantwortende Frage führen, in welchem Verhältniß die dem siegreichen Kläger aus dem Judikat zuständige Zwangsvollstreckung und act. iudicati zu einander stehen. Vgl. darüber namentlich

2. Etwas verwickelter gestalten sich die Verhältnisse, wenn den Gegenstand des Vermächtnisses eine individuelle Sache bildet. Hier stellen sich manche Schwierigkeiten und Zweifel ein, zu deren Beseitigung uns in den Quellen kein ausreichendes Material geboten wird. Wir müssen von vorneherein bekennen, daß auf die Fragen, die sich uns aufdrängen, die Quellen keine befriedigende Antwort geben und daß wir uns hier auf dem unsicheren Boden der Hypothesen bewegen. Nur so viel ist sicher, daß an die confessio, falls der Beklagte nicht leistet, sich hier ein iudicium anreiht, in welchem der Richter angewiesen wird, den Beklagten auf die aestimatio zu verurtheilen.

Bekker, Aktionen II. S. 185 fg., der selbst eine Reihe von Zweifeln anregt. Wir möchten annehmen, daß der Kläger anstatt den Weg der Exekution zu beschreiten, wenn er es vorzog, allemal die act. iudicati anstellen konnte, daß er dagegen, worüber auch kaum ein Streit sein dürfte, der act. iudicati bedurfte in den Fällen, wo der Beklagte das iudicatum facere oportere in irgend welcher Weise (sei es durch Bestreitung der Gültigkeit des Urtheils, oder des gegenwärtigen Daseins oder des Umfanges der Judikatsschuld, sei es durch Erhebung von Einwendungen) in Abrede stellte. Wohl auch dann, wenn der Kläger das wider den cognitor, Vormund, Haussohn ergangene Judikat gegen den dominus, gewesenen Mündel, Gewalthaber de peculio verfolgte. Ob aber auch hier, wenn die Gültigkeit desselben nicht bestritten wurde, allemal cum poena dupli? Das sind Fragen, auf deren Beantwortung wir verzichten müssen. — Eine erhebliche Stütze findet die hier vertretene Ansicht, daß in den Litiscrescenzfällen nur durch Zahlung die act. in duplum ausgeschlossen wird, in l. 7 D. de solut. 46, 3, welche bei der Annahme, daß das Geständniß das Risiko, das Doppelte zahlen zu müssen, beseitige, einfach sinnlos wäre.

Auf diese confessoria actio,[20]) wie wir sie der Kürze halber nennen wollen, beziehen sich zunächst l. 3. 5 D. de confess. 42, 2.

Paulus l. 9 ad Plautium. — Julianus ait confessum certum se debere legatum omnimodo damnandum, etiamsi in rerum natura non fuisset et si iam a natura recessit, ita tamen ut in aestimationem eius damnetur: quia confessus pro iudicato habetur.[21])

Ulpianus l. 27 ad Edictum. — Qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus iam Stichus erat sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est.

Der geständige Beklagte soll stets auf den Werth der vermachten Sache verurtheilt werden, gleichviel ob sie zur Zeit der confessio schon untergegangen war oder erst nach der Litiscontestation in der confessoria actio untergeht. Das letztere macht keine Schwierigkeit, da ja nichts hindert, eine Mora vorauszusetzen. Auch die erste Entscheidung

20) Wie die Formel derselben lautete, muß dahingestellt bleiben; jedenfalls enthielt sie einen auf den Werth der Sache gerichteten Condemnationsbefehl.

21) Der Text ist an zwei Stellen verdächtig. Zunächst stellt sich der Satz „et si — recessit“ als ein handgreifliches Glossem dar, wenn er nicht, was weniger wahrscheinlich, eine corrumpirte Wiederholung des vorangehenden Satzes ist. Ebenso macht aber auch der Schluß: „quia confessus pro iudicato habetur“ den Eindruck eines das vorangehende „omnimodo damnandum“ erklärenwollenden Glossems. Es liegt jedoch die Annahme näher, daß der ganze Satz von „ita tamen“ an, welcher in der That im Sinne des Paulus und Julianus nichtssagend ist — denn worauf anders sollte denn die Condemnation erfolgen können? — von den Compilatoren unüberlegt hinzugefügt ist. So jetzt auch Lenel palingenes. I. p. 1165.

würde für sich allein keine Bedenken erregen. Da durch den Untergang des Objektes die auf Leistung desselben gerichtete Obligation nicht immer aufgehoben wird, so muß auch dem Geständniß des Schuldigseins dieser nicht mehr existirenden Sache volle Wirksamkeit zuerkannt werden. Ob ein debere wirklich bestand, also eine perpetuatio obligationis infolge der Mora oder Culpa des Erben eingetreten war oder nicht, das kann, nachdem der Erbe bereits die confessio abgelegt hat, nicht mehr in Frage kommen.

Fraglich bleibt es nur, wie sich diese Entscheidung mit der l. 8 eod. vereinigen lasse.

Paulus l. IV. ad Sabin. — Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura esset, incertum sit.[22])

Die Stelle kann sich sowohl darauf beziehen, daß die Ungewißheit hinsichtlich der Existenz der Sache schon im Augenblicke der confessio vorhanden war, als auch, daß sie erst später eintrat. Bleiben wir beim ersteren Falle stehen, so sollte man doch meinen, daß wenn der confessus bei Ungewißheit der Existenz der Sache nicht omnimodo verurtheilt werden dürfe, dies doch um so mehr bei Gewißheit der Nichtexistenz gelten müsse. Von jeher hat man nun diesen angeblichen Widerspruch durch die Unterscheidung zu beseitigen gesucht, daß in l. 3. 5 cit. der Schuldner von dem Untergange der Sache Kenntniß gehabt habe, während hier vorausgesetzt werde, daß derselbe die Existenz der Sache als gewiß annehme.[23]) Diese Annahme ist nicht geradezu

22) Daß diese Stelle von Vermächtnissen handelt, ergiebt sich aus der Inscription; schlechthin ausgeschlossen ist es, den Ausspruch des Juristen auf die act. l. Aquiliae zu beziehen.

23) Unter den verschiedenen von der Glosse aufgestellten Lösungen wird diese von Accursius gebilligt.

unrichtig, aber doch einer schärferen Begrenzung bedürftig.[24]) Das ist freilich unzweifelhaft, daß wenn der Schuldner (Erbe) bei Abgabe des Geständnisses den Untergang der Sache kannte, er unbedingt aus demselben haften muß. Aber keinesweges ebenso sicher ist es, daß bei irriger Annahme der Existenz der Sache von ihm nun auch allemal das Geständniß angefochten werden könne und Freisprechung in der confessoria actio erfolgen müßte. Sollte etwa der confessio keine Wirksamkeit zukommen, wenn der Schuldner für den, wenn auch ihm unbekannten, Untergang des Gegenstandes infolge seiner früheren Mora oder Culpa bereits haftete?

Andererseits hat das Geständniß beim Nichtvorhandensein der Sache keinesweges ganz dieselbe Bedeutung, wie bei Ungewißheit der Existenz derselben. Das Wissen und die irrige Meinung des Schuldners ist hier vielmehr unerheblich. Denn hat er es selbst verschuldet, daß die Sache weggekommen ist, über deren Existenz nun Ungewißheit herrscht, so haftet er unbedingt, selbst wenn er bei seiner confessio der Meinung war, daß sie noch sicher vorhanden sei. Trifft ihn aber keine Schuld, so wird bei Ungewißheit der Existenz, selbst wenn er in Kenntniß derselben das Geständniß ablegte, doch nicht unter allen Umständen Verurtheilung erfolgen können. Denn wenn der Legatar die Leistung einer Sache fordert, über deren Vorhandensein Zweifel bestehen, so wird von dem Erben durch die confessio der Vermächtnißanspruch nur soweit zugestanden, wie derselbe überhaupt durch die Klage durchgeführt werden könnte. Es greifen dann dieselben Grundsätze Platz, welche wir früher kennen gelernt haben, wenn

24) Von Paulus selbst wird jene Voraussetzung auch nicht angedeutet.

der vermachte Gegenstand zur Zeit nicht auffindbar ist. Also der geständige Erbe ist officio iudicis zur Cautionsleistung anzuhalten und erst wenn er dem Befehle des Richters nicht nachkommt, erfolgt Verurtheilung auf den Werth der Sache.[25]) Das gleiche gilt aber hier auch, wenn der Erbe in der irrigen Meinung, daß die Sache jedenfalls existire, die Schuld eingestanden hatte. Und nicht anders verhält es sich in dem zweiten Falle, wenn erst nach dem Geständniß eine Ungewißheit in betreff der Existenz der damals noch vorhandenen Sache eintrat.

Was nun die aestimatio bei der confessoria actio noch insbesondere anbetrifft, so läßt sich, da sie arbitratu iudicis erfolgt und somit ganz von der richterlichen Beurtheilung der Verhältnisse abhängt, eine durchgreifende Regel nicht aufstellen. Sie kann sich auf den gemeinen Werth der Sache beschränken, sie kann aber auch ebenso das gesammte Interesse des Klägers umfassen. Aus diesem letzteren Umstande scheint sich die Lösung einer Schwierigkeit zu ergeben, die auch Arndts[26]) nicht entgangen ist. Nämlich der Belastete soll regelmäßig die vermachte Sache selbst zu leisten schuldig sein und sich mit Anerbietung ihres Werthes nicht abfinden können.[27]) Da nun eine condemnatio in rem ipsam überhaupt nicht erfolgt, so möchte es scheinen, als ob man sich hier im Kreise herumdrehte. Geleistet werden muß die Sache selbst, nicht deren aestimatio; wird sie nicht geleistet, so tritt Verurtheilung auf quanti ea res est ein; und da „omnia iudicia absolutoria“ sind,[28]) so wird durch Anerbieten bezw. Deposition der richterlich fest-

25) l. 69 §. 5. l. 47 §. 2. 4 D. de leg. I. S. oben S. 153 fg.
26) Comment. Th. 46 S. 162 fg.
27) S. oben S. 62 fg.
28) Gaius IV. §. 114.

gestellten aestimatio der Erbe seine Verpflichtung erfüllen und der Condemnation entgehen. Einen Ausweg aus diesem Kreise eröffnet uns allerdings der Umstand, daß der Richter bei Feststellung des quanti ea res est das besondere Interesse des Klägers mitzuberücksichtigen hat und daß durch recht hohe Schätzung desselben der Belastete indirekt gezwungen wird, die Sache selbst herauszugeben, um der Condemnation zu entgehen. Wir könnten uns daran auch genügen lassen, wenn im Falle grundloser Vorenthaltung der vermachten Sache der Legatar durch iuramentum in litem sein Interesse hätte bestimmen können. Indessen gerade hier ist bekanntlich der Schätzungseid nicht anerkannt.[29]) Und wenn man bedenkt, in wie gar vielen Fällen das ökonomische Interesse sich mit dem Sachwerth deckt (man denke an das Vermächtniß eines Sklaven, eines Kunstwerkes u. dgl.), so würde es schließlich doch wieder vom guten Willen des Erben abhängen, ob der Legatar die Sache oder deren Geldwerth erhält, selbst in dem Falle, wenn diesem an ersterer persönlich viel gelegen war.[30])

Hier scheint nun in der That die Litiscrescenz sich als ein wirksames Zwangsmittel zu bewähren. Der Erbe, der die vermachte Sache nicht leistet, übernimmt das Risiko der Verurtheilung auf den doppelten Werth derselben. Aber wird diese nicht gerade durch das Geständniß der Schuld

29) l. 5 §. 4 l. 6 D. de in lit. iur. 12, 3. Dem widerspricht auch nicht l. 60 §. 1 D. ad l. Falc. 35, 2. Vgl. über die ganze hier nicht zu erörternde Frage Windscheid Pand. I. §. 133. Anm. 17. 18. Sintenis Civilr. I. §. 86. Anm. 35. Vangerow I. §. 171. Anm. 2. Donellus comment. iur. civ. l. XXVI. c. 10.

30) z. B. wenn dem Legatar sein eigenes natürliches Kind vermacht war, vgl. l. 63 pr. D. ad l. Falc. 35, 2. l. 33 D. ad l. Aquil. 9, 2.

ausgeschlossen? Das läßt sich nicht so unbedingt behaupten und gewiß kann man sich hiefür nicht auf l. 61 D. ad l. Falc. 35, 2[31]) berufen. Denn wenn hier Javolenus respondirt: (heres) confitendo veram aestimationem praestare poterat,[32]) so ist damit zunächst nur ausgedrückt, daß es einer confessio bedürfe, um die Haftung des Erben auf den wirklichen Sachwerth zu beschränken, aber noch keineswegs gesagt, daß die confessio allemal die Beschränkung der Haftung auf den bloßen Sachwerth nothwendig zur Folge habe. Wie bereits vorhin bemerkt, dürfte es mindestens in hohem Grade fraglich sein, ob eine vollwirksame d. h. nur eine confessoria actio begründende und die ordentliche auf das duplum gerichtete Legatsklage schlechthin ausschließende confessio immer schon angenommen wurde, wenn der Erbe zwar, die Rechtsbeständigkeit des Vermächtnisses anerkennend, das vom Legatar Beanspruchte zu schulden zugab, aber dennoch die vermachte Sache selbst hinzugeben sich weigerte, oder sie selbst leisten zu müssen bestritt, indem er sich etwa zur Leistung eines Geldaequivalentes bereit erklärte. Die Entscheidung, ob hier die eine oder andere Klage platzgriff, hing vielmehr noch von anderen Momenten ab. Mit Berücksichtigung der obwaltenden Umstände behandelte hier der Prätor den Erben entweder als infitians oder als confessus, und gab je nachdem, wenn der Erbe nicht innerhalb der gesetzten Frist die Sache leistete, dem Legatar die actio in duplum, oder denegirte

31) S. oben S. 64. Anm. 6.

32) Mommsen Beiträge II. S. 91 ergänzt bei „confitendo" in Gedanken: se emere nisi infinito pretio non posse. Man wird doch aber zunächst hinzudenken müssen: se fundum debere, wobei dann weiter die Beweisführung hinsichtlich der Unmöglichkeit des Kaufes natürlich nicht ausgeschlossen ist.

sie und beschränkte den letzteren auf die act. confessoria, wenn sich beide über den Werth der Sache nicht einigen konnten.

Einen Anhalt für diese Auffassung gewährt l. 71 §. 3. 4 D. de leg. I.:

Ulpianus l. 51 ad Edictum. — Qui confitetur se quidem debere, iustam autem causam adfert, cur utique praestare non possit, audiendus est: utputa si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere vel immensum pretium eius rei petere adfirmet, aut si servum hereditarium neget se debere praestare, forte patrem suum vel matrem vel fratres [fratrem?] naturales; aequissimum est enim concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare.

Cum alicui poculum legatum esset velletque heres aestimationem praestare, quia iniquum esse aiebat id separari a se, non impetravit id a praetore: alia enim condicio est hominum, alia ceterarum rerum.[33])

Es handelt sich hier zunächst, wie auch in l. 61 cit., um den bereits früher besprochenen Fall, wenn eine fremde Sache, die unverkäuflich ist oder nur zu einem übermäßigen Preise angeschafft werden könnte, oder wenn eine solche Sache, deren Weggabe dem Belasteten füglich nicht zugemuthet werden darf, den Gegenstand des Vermächtnisses bildet. Der Erbe bekennt, das Vermächtniß zu schulden, macht aber einen solchen die Nichtleistung der Sache selber rechtferti-

33) Ueber den hier ausgesprochenen materiellen Rechtssatz und wie weit diese Stelle für das heutige Recht maßgebend sei, vgl. oben S. 66 fg. Vgl. über die ganze Stelle auch Arndts in dem Comment. Th. 46 S. 163 fg., welcher jedoch über alle Schwierigkeiten zu leicht hinweggeht.

genden Grund geltend. Er soll damit beim Prätor[34]) Gehör finden, und sich mit Leistung des richterlich (officio iudicis) festzustellenden Werthes abfinden können. Damit kann doch wohl nur ausgesprochen sein, daß auf Grund der confessio die Klage gegen den Erben auf quanti ea res est gegeben wird.

Das scheint alles ganz klar und einfach zu sein. Es fragt sich nur: was gehört zur prätorischen Cognition, was zum officium iudicis? Eine scharfe Abgrenzung der Competenz findet hier begreiflicherweise nicht statt. Freilich ob der Umstand, auf den sich der Erbe beruft, die Nichtleistung der vermachten Sache überhaupt zu rechtfertigen vermöge, ob mit einem Worte die causa selbst in der That eine iusta sei, das war jedenfalls Gegenstand der prätorischen Prüfung und Entscheidung. Was dagegen die Frage nach dem thatsächlichen Vorhandensein der iusta causa im vorliegenden Falle, also was die Frage anbetrifft, ob wirklich die Sache gar nicht oder nur zu einem übermäßigen Preise erstanden werden könne, ob die behauptete Verwandtschaft zwischen dem vermachten Sklaven und dem Erben bestehe u. dgl., so kann sie entweder in iure, etwa durch Ueberweisung der Feststellung dieses Umstandes an einen arbiter, oder in iudicio zu erledigen gewesen sein, obwohl freilich überwiegende Gründe für die erstere Annahme sprechen würden.[35])

34) Daß an diesen, nicht an den Judex zu denken ist, geht mit Gewißheit aus dem §. 4 der Stelle hervor.

35) Der Einwand, daß man den Prätor nicht wohl mit einer solchen Untersuchung behelligen konnte, erledigt sich durch den Hinweis auf die Anordnung eines praeiudicium, durch welches die Feststellung des fraglichen Thatbestandes einem Richter übertragen werden konnte. Die Annahme, daß, wenn der Prätor die vom Erben angeführte causa cur utique rem praestare non possit als eine iusta anerkannt

Findet der Prätor dagegen das Verlangen des Erben ungerechtfertigt, so wird diesem zunächst eine Frist zur Leistung der Sache selber gesetzt, und wenn er die Frist verstreichen läßt, so kommt es trotz des Geständnisses, daß die Vermächtnißforderung an sich begründet sei, doch zur regelmäßigen Klage aus dem Damnationslegat, bei welcher den Beklagten die Gefahr trifft, das Doppelte des Werthes leisten zu müssen.[36]) Das scheint mit annähernder Sicherheit aus der Entscheidung des §. 4 cit. hervorzugehen. Denn wenn von dem Erben, der den vermachten Becher nicht leisten wollte, sich aber zur Leistung des Werthes desselben erbot, also doch jedenfalls den Vermächtnißanspruch selbst nicht bestritt (confitetur se quidem debere), gesagt wird, er hätte dies beim Prätor nicht durchgesetzt: so kann

hatte, nun ohne weiteres eine confessoria actio gewährt wäre, ist völlig unmöglich, da doch sonst auch durch fälschliches Vorbringen jener causa der Erbe sich der Leistung der Sache selber hätte entziehen können. Und wiederum in welcher Gestalt der Prätor dem Judex die Feststellung der Wahrheit des vom Erben vorgebrachten Umstandes und eine dadurch bedingte Condemnation entweder auf die aestimatio, oder eventuell auf das duplum zugleich hätte auftragen sollen, läßt sich doch schwer vorstellen.

36) Wenn er nicht — so könnte man vielleicht in Consequenz des von den Sabinianern aufgestellten Grundsatzes der iudicia absolutoria hinzufügen — vor dem Urtheil freiwillig die vermachte Sache leistet. Indessen es scheint denn doch, daß in den Litiscrescenzfällen dieser Grundsatz nicht galt. War es einmal infolge der infitiatio zum iudicium gekommen, so konnte der Beklagte durch Leistung während des Prozesses sich nicht mehr der Condemnation entziehen. Vgl. Keller, röm. Civilproz. §. 67. (5. Aufl. S. 329). Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II. §. 80. Kuntze, Institutionen II. S. 329 (Excurs zu §. 349. D. 3. b.)

dies doch wohl kaum einen anderen Sinn haben, als daß bei weiterer Weigerung des Erben, ungeachtet seiner confessio, doch dem Legatar gegen ihn die Klage auf si paret dare oportere mit condemnatio in duplum, also nicht eine confessoria actio gegeben wurde. Zur Unterstützung dieser Ansicht darf auch noch besonders darauf hingewiesen werden, daß es sich hier gerade um einen Fall handelt, in welchem ein besonderes den Werth der Sache übersteigendes Vermögensinteresse des Klägers nur in den allerseltensten Verhältnissen wird zur Sprache kommen können. Also regelmäßig würde sonst die Condemnation, wenn man in dem Verhalten des Erben nicht eine infitiatio finden wollte, auf eben dieselbe aestimatio gehen, mit deren Leistung er sich nach dem Entscheide des Prätors nicht sollte befreien können. Uebrigens soll damit, was aus der früheren Ausführung sich auch schon von selbst ergiebt, nicht in Abrede gestellt werden, daß hier auch der Legatar die confessoria actio verlangen konnte, wenn er sich etwa in betreff des Beweises des Vermächtnisses Skrupel machte. Das wäre aber allerdings nur bei einer ganz besonderen Complication der Umstände denkbar, zumal das in iure abgelegte Geständniß doch ein erhebliches Gewicht auch für den Judex besitzt.[37])

37) Es sollen nicht die Zweifel verschwiegen werden, die sich gegen die Richtigkeit unserer Interpretation der l. 71 §. 3. 4 cit. vielleicht aufdrängen könnten, wenn man die aus demselben Buche Ulpians entnommene „berüchtigte" l. 68 D. de R. V. 6, 1 und l. 30 D. de solut. 46, 3 mit unserer Stelle in Verbindung bringt. Dann würde l. 71 § 3 (verbunden mit l. 30) besagen, daß der Prätor, falls er die Weigerung des Erben gerechtfertigt findet, einem arbiter die Schätzung der Sache überträgt und, wenn der Legatar die ihm vom Erben angebotene aestimatio nicht annimmt, die actio ex testamento denegirt. (Vgl. Anm. 41.) l. 71 §. 4 (verbunden mit l. 68 cit.) würde dann

Bedenken erregt nun aber wieder l. 30 §. 6 D. de leg. III., deren Text hier nochmals hergesetzt werden mag. [38])

Labeo l. II. Posteriorum a Javol. epitom. — Si aedes alienas ut dares damnatus sis neque eas ulla condicione emere possis, aestimare iudicem oportere Ateius scribit, quanti aedes sint, ut pretio soluto heres liberetur.

Labeo referirt hier beistimmend den Ausspruch des Atejus Capito, daß bei Unverkäuflichkeit des vermachten fremden Hauses der Richter den Geldwerth desselben festzustellen habe, so daß durch Zahlung desselben der Erbe befreit werde. [39]) An sich macht ja dieser Satz keine Schwierigkeit. Es fragt sich nur, wie haben wir den in Rede stehenden Fall prozessualisch zu gestalten? Am nächsten würde folgende Annahme liegen. Der aus dem Damnationslegat in Anspruch genommene Erbe beruft sich in iudicio darauf, daß er das vermachte fremde Haus dem Le-

auf ein Vindicationslegat zu beziehen sein und das „von impetravit a praetore“ wäre auf Naturalexekution zu deuten. Indessen daß diese ganze Combination völlig in der Luft schwebt, wird auf den ersten Blick einleuchten.

38) Diese Stelle ist auch schon von Arndts in dem Comment. Th. 46. S. 160 angeführt, auf welchen hinsichtlich des Textes derselben verwiesen werden mag.

39) Die Vermuthung von Arndts S. 162 Anm. 14, daß sich die Aeußerung des Capito auf die sabinianische Regel der iudicia absolutoria beziehe und ursprünglich absolvatur statt liberetur im Texte gestanden habe, scheint grundlos. Denn in dem vorliegenden Falle handelt es sich zunächst doch immer nur darum, wozu der Erbe verpflichtet sei, ganz abgesehen davon, daß doch Labeo jene Regel nicht zugestanden hätte.

gatar nicht verschaffen könne. Findet der Richter diesen Einwand des Beklagten begründet, so liegt es ihm ob, den Sachwerth festzustellen, so daß derselbe nur diesen zu leisten hat. Anderenfalls erfolgt, wenn der Beklagte dem Kläger das Haus nicht verschafft, Verurtheilung auf das Doppelte. Indessen dann würde die Entscheidung des Juristen doch allem, was wir vorhin kennen gelernt haben, insbesondere dem Grundsatze, daß nur der in iure geständige Erbe mit der Leistung der aestimatio abkommen könne, geradezu widersprechen.[40]) Andererseits setzen wir den Fall, daß der Legatar mit der auf die confessio des Erben gegründeten Klage gegen den letzteren seinen Anspruch verfolgt, dann würde der Satz „aestimare iudicem oportere quanti aedes sint“ scheinbar eine ganz triviale Bemerkung enthalten. Indessen schwindet diese Trivialität vollständig, wenn man beachtet, daß der Jurist nur sagen wollte, daß es im Falle der Unverkäuflichkeit der vermachten fremden Sache zu einer richterlichen Schätzung derselben komme und der Erbe den Werth zu leisten habe, wobei er stillschweigend ein Eingeständniß des Vermächtnisses voraussetzt.[41]) So aufgefaßt

40) Wenn man nicht etwa gar zu der ganz haltlosen Hypothese seine Zuflucht nehmen wollte, daß in älterer Zeit überhaupt Zweifel hinsichtlich der Gültigkeit des Damnationslegates einer fremden Sache, deren Erwerb dem Erben unmöglich war, bestanden hätten, und daß erst durch Capito die Verpflichtung des Erben auf die aestimatio rei festgestellt wäre.

41) Dürfte man in der Stelle den Judex als Arbiter nehmen, dann würde sie einen Beweis dafür erbringen, einmal daß der Prätor selbst das Vorhandensein des die Nichtleistung der Sache rechtfertigenden Grundes festzustellen hatte, und sodann, daß sich an die confessio ein bloßes arbitrium rei aestimandae anschloß. Letzteres würde aber mit den sonstigen Ergebnissen der Quellen nicht im Einklang stehen.

entspricht der Satz „aestimare iudicem — heres liberetur“ vollkommen der in l. 71 §. 3 cit. gebrauchten Wendung: „concedi ei aestimationem officio iudicis praestare.“ Dasselbe, fügt Labeo dem Ausspruch des Atejus hinzu, sei auch Rechtens, wenn der Erbe den früher möglichen Kauf versäumt hatte.[42]) Damit kann natürlich nur an den Fall gedacht sein, daß schon im Augenblicke der Klageerhebung der Erwerb der Sache nicht mehr erfolgen konnte und daß der Erbe nicht bereits vorher in Verzug gerathen war.

II. Wesentlich abweichend von den Legaten war bei den Fideicommissen die gerichtliche Geltendmachung (petitio fideicommissi) gestaltet. Daß diese nicht auf dem Wege einer ordentlichen actio eingefordert wurden, d. h. daß hier kein Verfahren per formulas stattfand, sondern daß sie den Gegenstand einer cognitio der für sie bestimmten Jurisdictionsmagistrate bildeten,[43]) bei welcher der Magistrat unmittelbar entschied und eben deshalb auch eine freiere Beurtheilung stattfand: dies alles ist bekannt genug.[44])

42) So ist offenbar der Schlußsatz mit Arndts S. 160 zu verstehen, keinesfalls kann damit jedoch, wie derselbe S. 162 Anm. 14 meint, gesagt sein, daß „auch wenn der Ankauf der Sache thunlich sei, aber der Onerirte gleichwohl nicht ankaufe, dasselbe gelte wie für den Fall des Ankaufes.“ — Vgl. auch oben S. 298 fg.

43) Gai. II. §. 278: Legata per formulam petimus; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae. Ulpian. 25, 12: Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum cet.

44) Es mag genügen auf Arndts in dem Comment. Th. 46 S. 48. 49 zu verweisen.

Weniger unterrichtet sind wir über den Gang des Verfahrens und die Art und Weise der Realisirung des Fideicommisses. Es wäre auch ein ganz aussichtsloses Beginnen, wollten wir es versuchen, aus den wenigen unsicheren Andeutungen der Quellen ein nur in den Grundzügen zuverlässiges Bild des Fideicommißverfahrens zu entwerfen.[45])

Regelmäßig schloß das Verfahren mit dem Urtheilsspruch des Prätors (pronuntiatio), daß das Fideicommiß geschuldet oder nicht geschuldet werde. Eine eigentliche Condemnation oder Absolution fand dabei nicht statt; vielleicht erging, im Falle der Anerkennung des Fideicommisses, ein Befehl an den Beklagten, die ihm durch dasselbe auferlegte Leistung zu machen. Jedenfalls aber hatte die pronuntiatio judicatsmäßige Wirkung.[46])

Die dem Beklagten obliegende Leistung konnte entweder schon durch den Spruch des Prätors selber genau präzisirt sein, oder es wurde die Feststellung derselben nach Umfang und häufig auch nach Inhalt einem hiefür besonders ernannten Arbiter überlassen.[47]) Lehrreich ist in dieser

45) Auch aus der dankenswerthen Zusammenstellung der Quellenzeugnisse bei Bekker, Aktionen II. S. 202 fg. ergiebt sich nur, wie fragmentarisch unser Wissen von dem Verfahren bei der fideicommissi persecutio ist. Daß übrigens die Quellen uns so wenig darüber aufklären, dürfte nur zum geringsten Theile auf Rechnung der Compilatoren zu stellen sein.

46) l. 40 pr. D. de minor. 4, 4 — fideicommissum solvi pronuntiatum; — partam ex causa iudicati persecutionem. Vgl. l. 35 §. 1 D. de auro 34, 2. (Anm. 53.)

47) Vgl. Keller, röm. Civilproz. §. 81 (5. Aufl. S. 394). Bethmann-Hollweg, Civilproz. II. S. 109. 110. 781. Bekker, Aktionen II. S. 208 fg.

Beziehung namentlich die freilich nicht ganz hieher gehörige l. 7 D. de confess. 42, 2:[48])

Africanus l. V. Quaestion. — Cum fideicommissum peteretur, heres confessus est debere; arbiter ad restituendum datus comperit nihil deberi: quaesitum est, an possit absolvere. Respondi posse interesse, qua ex causa nihil debeatur. Nam si ob id quod nullum fideicommissum fuerit, non debere eum absolvere; si vero quia testator forte solvendo non erat aut quod heres omne solutum esse[49]) apud praetorem dixerat, et cum controversia et computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit, salvo officio eum absoluturum: has enim partes eius esse, ut si in computatione nihil inveniatur, possit absolvere. Sed et ex superiore casu ad praetorem remittere debet, ut absolvatur.

Der Erbe hat, beim Prätor in Anspruch genommen, zugestanden, daß er das Fideicommiß schulde, d. h. daß er mit demselben belastet sei.[50]) Die nackte Rechtsfrage,

48) Wesentlich übereinstimmend wird die Stelle von Demelius, die confessio S. 209 fg. erklärt, auf welchen hinsichtlich der von Anderen versuchten Auslegungen zu verweisen ist.

49) Th. Mommsen in seiner Digestenausgabe emendirt „soluturum se.“ Diese Conjectur ist aber nicht bloß unnöthig, sondern sie verkennt auch den Sinn der Stelle. S. dagegen auch Demelius a. a. O. S. 212. Anm. 1.

50) Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, daß das Zugeständniß des Erben, da hier dem Prätor der Rechtsspruch zusteht, nicht mit der confessio in iure beim ordentlichen Verfahren auf eine Linie gestellt werden kann, sondern, wie Demelius a. a. O. bemerkt, die Bedeutung einer confessio in iudicio hat.

nämlich die Rechtsgültigkeit des Fideicommisses wäre somit unbestritten. Nun erheben sich aber manche Schwierigkeiten mehr faktischer Natur. Es ist der Inhalt des Fideicommisses mehr oder weniger zweifelhaft; es fragt sich, was alles der Bedachte aus demselben fordern könne, wie weit der Erbe der ihm durch den letzten Willen auferlegten Verpflichtung nachgekommen sei oder nachzukommen habe u. dgl. m. Behufs Feststellung des Inhaltes und Umfanges der Restitutionsverbindlichkeit des Erben (nicht etwa zu dem Zwecke, um ein eingestandenes incertum durch Schätzung in eine Geldsumme umzusetzen) wird die Sache vom Prätor einem Arbiter überwiesen und es handelt sich nun in der Erörterung des Africanus um die Frage, wie weit hier das officium arbitri gehe, wenn er findet, daß der Fideicommissar nichts zu fordern habe. Die Frage „an possit absolvere" könnte auffallend erscheinen. Nicht sowohl, weil der Erbe etwa den Anspruch des Klägers durch die confessio anerkannt hätte, als vielmehr, weil es einzig Sache des Prätors ist, das Urtheil zu sprechen. Jedoch ist das absolvere hier nicht in seiner eigentlichen technischen Bedeutung zu nehmen, so daß damit dem Arbiter die condemnandi absolvendive potestas, wie sie dem Judex in der Formula eingeräumt wird, zugestanden wäre. Und wenn der Arbiter, der den Umfang der Restitutionsverbindlichkeit festzustellen hat, findet und ausspricht, daß der Erbe aus den ihm auferlegten Fideicommiß keine Leistung mehr zu machen habe, so wäre doch in dieser Entscheidung materiell eine Absolution des Beklagten enthalten.

So wird denn auch die aufgeworfene Frage, da sie verschieden aufgefaßt werden kann, von dem Juristen nicht einfach bejaht oder verneint, sondern mit einer Unterscheidung der einzelnen Fälle beantwortet. Zunächst der Arbiter findet, daß ein gültiges Fideicommiß, auf welches der Anspruch gegründet wird, überhaupt nicht bestehe, daß dasselbe

also aus diesem oder jenem Grunde nichtig sei. Hier würde er seine Competenz überschreiten, wenn er dahin entschiede, daß der Erbe dem Kläger nichts zu leisten habe; denn die Frage der Rechtsgültigkeit des Fideicommisses geht einzig den Prätor an. Sodann, es stellt sich heraus, daß der Testator insolvent war, also nach Befriedigung der Erbschaftsgläubiger für den Fideicommissar nichts mehr übrig bleibt, oder daß der Nachlaß nach Abzug der Quarta nicht zur vollen Entrichtung des Vermächtnisses ausreicht. Endlich das Ergebniß der vom Arbiter angestellten Untersuchung ist, daß der Kläger schon alles erhalten hat, was er aus dem Fideicommiß zu beanspruchen hatte. Hier wie dort kann er innerhalb des ihm übertragenen Amtes den Erben absolviren d. h. erklären, daß derselbe nichts zu leisten habe. Denn es handelt sich dabei immer um eine vom Arbiter anzustellende Berechnung, als deren Resultat sich ergiebt, daß nichts mehr zu leisten übrig ist. Entscheidet nun der Arbiter hier, daß der Erbe nichts schulde, so setzt er sich weder über das Geständniß desselben, das sich doch nur auf die Hinterlassung des Fideicommisses also die Vermächtnißauflage bezog, hinweg, noch greift er in die Competenz des Prätors über. Aber auch im ersten Falle darf der Arbiter nicht ohne weiteres den vom Erben zu leistenden Betrag des Fideicommisses festsetzen, sondern er muß die Sache an den Prätor zurückgeben, damit dieser über die Gültigkeit des Fideicommisses befinden könne, wobei natürlich zugleich in Frage kommen wird, welche Wirkung dem Geständniß des Erben beizumessen sei.[51])

51) Eine pronuntiatio des Prätors hinsichtlich des Fideicommisses hatte also nicht stattgefunden, sondern an die confessio die Ueberweisung der Sache an einen arbiter sich angereiht. — Uebrigens kann der Schlußsatz der Stelle auch interpolirt sein.

Man streitet darüber, worauf das Erkenntniß des Prätors und die Vollstreckung desselben bei der fideicommissi petitio erging, ob unmittelbar auf den Gegenstand des Fideicommisses oder, wie im ordentlichen Verfahren, auf eine Geldsumme.[52]) Nach Quellenstellen, die ein direktes und unzweifelhaftes Zeugniß lieferten, wird man sich vergeblich umsehen. Nur aus l. 35 §. 1 D. de auro 34, 2 [53]) könnte man vielleicht entnehmen, daß ersteres die Regel bildete. Andererseits lassen sich die Bedenken, die man gegen eine Verurtheilung in rem ipsam bei den cognitiones extraordinariae überhaupt geltend macht, in ihrer Bedeutung nicht verkennen. Läßt sich auch ein zwingender Beweis für die Richtigkeit der einen oder anderen Auffassung nicht erbringen, so scheint doch, Alles in Allem genommen, ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit sich für die Annahme zu ergeben, daß durch den Spruch des Prätors dem Beklagten regelmäßig die Bewirkung der ihm infolge des Fideicommisses obliegenden Leistung aufgegeben wurde und daß dieser Befehl exekutivisch durchführbar war.[54]) In der That war ein Grund für die Geldcon-

52) Vgl. Keller a. a. O. §. 81 (S. 393). Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 698. Entschieden gegen die condemnatio in rem ipsam erklärt sich Hartmann (Ubbelohde), ordo iudiciorum I. S. 507 fg. 515 fg.; dafür, obwohl zweifelnd, Bekker a. a. O. S. 206. Anm. 67.

53) „— lite contestata praetor ita pronuntiavit, ut materia praestetur . . . Paulus respondit, praetorem, qui auro legato certi ponderis materiam praestari iussit, recte pronuntiasse videri. Vgl. aber oben S. 63 Anm. 2.

54) Das von Hartmann (Ubbelohde) a. a. O. gegen die condemnatio in ipsam rem angewendete argumentum a silentio aus der Erörterung des Gaius II. §. 268—288 über die Unterschiede zwischen Legaten und Fideicommissen, ist von geringem Gewichte. Denn einmal

demnation nicht vorhanden, da der Prätor selbst das Urtheil sprach und zugleich die Vollstreckung desselben in seiner Hand behielt.[55]) Damit ist jedoch natürlich nicht

hatte Gajus keine Veranlassung, diesen Punkt hier besonders hervorzuheben, zumal er ja beim Damnationslegat (II. §. 204) der pecuniaria condemnatio gar nicht Erwähnung gethan hatte. Sodann aber würde dieser Punkt schon in der im §. 278 (Anm. 43) hervorgehobenen Differenz mit enthalten sein. — Die von Bekker a. a. O. geltend gemachten Bedenken werden selbst von Ubbelohde S. 505 Anm. 40 nicht anerkannt. „Daß die Verfolgung der Fideicommisse eine energischere gewesen sein würde als die der Legate, die bessere Form schwächeren Rechtsschutz gehabt hätte" — was übrigens beim legatum certae rei nicht ganz zutrifft — beweist offenbar nichts für die Geldcondemnation bei Fideicommissen. Auch möchte sich dies Bedenken durch den Hinweis erledigen, daß noch in der klassischen Zeit durch die Form der Anordnung eine annähernde Verschmelzung von Legaten und Fideicommissen herbeigeführt und so der Rechtsschutz der letzteren verallgemeinert wurde. Vgl. Schirmer, Erbrecht I. S. 117 Anm. 28 a. E. S. 124 Anm. 51. Ferner l. 78 §. 2 D. de leg. II. bereitet keine Schwierigkeit, da diese Stelle von einem Geldfideicommiß zu verstehen ist. Endlich der Einwand, „daß durch das Exekutionsmittel der pignora capta doch schließlich nichts als eine Geldleistung zu erzwingen wäre," ist nicht zutreffend, da ja noch andere Vollstreckungsmittel in Frage stehen. Andererseits wird mit Bekker aus l. 70 §. 1 D. de leg. II. kaum ein Argument für das direkte Eingreifen des Magistrates und gegen die Geldcondemnation entnommen werden können, da auch unter Voraussetzung der letzteren das „computare legato percepto" im vorliegenden Falle ebenso wenig statthaft wäre; vgl. über diese Stelle Arndts in dem Comment. Th. 46. S. 298 fg. und Ubbelohde S. 504 Anm. 38.

55) Wobei aber zu beachten, daß sein Spruch eine „condemnatio" im eigentlichen Sinne nicht enthält.

ausgeschlossen, daß im einzelnen Falle an das zunächst auf die Sache selbst gerichtete Urtheil ein Aestimationsspruch sich anreihen konnte, ja mitunter sogar mußte. Aber auch alsdann würde noch ein sehr erheblicher Unterschied von der pecuniaria condemnatio des ordentlichen Verfahrens darin hervortreten, daß die den Inhalt des Fideicommisses bildende Leistung nach wie vor von dem Belasteten geschuldet wurde und er durch Vornahme derselben sich befreien konnte. [56])

Was die Art und Weise der Vollstreckung des gesprochenen Urtheils anbetrifft, so war dieselbe wohl von dem Inhalte des Fideicommisses abhängig. Je nachdem wird direkter oder indirekter Zwang gegen den Belasteten angewendet worden sein, um dem Vermächtnißnehmer das ihm Zugewendete zu verschaffen. Direkter Zwang, wenn den Gegenstand des Fideicommisses eine im Besitze des Belasteten befindliche Sache, namentlich eine Erbschaftssache bildet; indirekter Zwang in den übrigen Fällen, wenn der Inhalt des Fideicommisses in einer anderweitigen Leistung, insbesondere in einem facere besteht, oder wenn eine fremde Sache dem Bedachten verschafft werden soll. Durch die Beschaffenheit des Vermächtnisses und die obwaltenden Umstände wurden hier auch die Zwangsmittel bestimmt. Der Magistrat (praetor fideicommissarius) hatte die im einzelnen Falle zweckdienlich und angemessen erscheinenden Maßregeln nach freiem Ermessen zu verfügen, um den

56) Möglicherweise hängt damit, daß auf die Leistung der Sache selber das Urtheil ergeht, die Meinung zusammen, von der Gaius II. §. 262 (cfr. §. 202) berichtet: Sunt tamen qui putant, si rem (sc. alienam) per fideicommissum relictam, dominus non vendat, extingui fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati.

Widerstand des Belasteten zu brechen. Leicht konnte hier auch der Umsatz in eine Geldleistung unter Mitwirkung eines Arbiter erforderlich sein, welche dann auf gewöhnliche Weise vollstreckt wurde.

Der direkte Zwang erfolgte durch Naturalexekution, also unmittelbare Wegnahme der vermachten Sache selber durch die exekutiven Unterbeamten des Magistrates und Uebergabe derselben an den Fideicommissar,[57]) bezw. durch Einweisung des letzteren in den Besitz der Sache, was vornehmlich bei Grundstücken angebracht war. Das Exekutionsmittel der pignora capta nach der Constitution des Antoninus Pius[58]) setzte stets eine Geldschuld voraus, war also durch eine pecuniaria condemnatio bedingt, und fand im strengsten Sinne nur dann statt, wenn beim Schuldner kein baares Geld zu finden war. Sonst wurde dieses in Beschlag genommen und der Gläubiger direkt

57) Vgl. auch Keller §. 83 (S. 413). Bethmann-Hollweg II. S. 698. Ob hierauf auch die bekannte l. 68 D. de R. V. 6, 1 zu beziehen, bleibt mindestens zweifelhaft; vgl. dagegen Hartmann (Ubbelohde) S. 515 und die dort Citirten. Lenel palingen. II. p. 1197.

58) l. 15. 31 D. de re iud. 42, 1. Ein eigenthümlicher — mehr noch für die Lehre von der Cession interessanter — Fall in l. 21 §. 3 D. de ann. leg. 33, 1. (Scaev.). Es findet hier, um dem Fideicommissar die vermachte Summe zu verschaffen, nicht Beschlagnahme und Verkauf bezw. Eintreibung ausstehender Erbschaftsforderungen durch den Exekutivbeamten statt (l. 15 §. 8—10 D. de re iud.), sondern diese werden im abgekürzten Vorgehen vom Magistrat ersterem auf seine Vermächtnißforderung behufs Realisirung überwiesen. („Praeses provinciae ex nominibus debitorum hereditariorum elegit idonea nomina et in causam legati reipublicae adiudicavit.“) Vgl. über diese Stelle auch Schmidt, Cession II. S. 192 ff.

daraus befriedigt.[59]) Fand nun aber keine Condemnation auf Geld statt, so konnte dieses Exekutionsmittel seinen Zweck offenbar nicht mehr erfüllen. Andererseits wäre es hier ein ganz überflüssiger Umweg gewesen, den Schuldner indirekt etwa durch missio in bona zur Leistung der in seinem Besitze befindlichen Sache zu zwingen. Damit war eben die direkte Spezialexekution in rem ipsam gegeben.[60])

59) Vgl. l. 15 §. 11. 12 D. de re iud. 42, 1. Man könnte freilich auch hier sagen, daß zunächst ein Pfandrecht an den Geldstücken begründet wurde, welches durch Aushändigung derselben (Zahlung an den Gläubiger) mitsammt der Forderung desselben erlosch. So meint Kuntze Institutionen II. (Excurse) S. 340: „Selbst wenn es eine baare Geldsumme war, die abgepfändet wurde, galt diese immer zunächst als Pfandobjekt, nicht als direkt erzwungene Leistung.“ Ob aber auch die römischen Juristen an dieser Subtilität festhielten, dürfte mehr als zweifelhaft sein. Allerdings heißt es in der citirten Stelle: „pecunia . . solet pignoris iure capi et converti in causam iudicati;“ an ein eigentliches Pfandrecht hat dabei aber Ulpian schwerlich gedacht. Zudem handelt es sich in der Stelle nicht um die Wegnahme der beim Schuldner vorhandenen Geldstücke gerade in der Höhe der geschuldeten Summe, sondern um den Fall, wenn das beim argentarius stehende Depositum, oder das in Händen eines Dritten befindliche, aber für den Schuldner bestimmte oder auf seinen Namen deponirte Geld, die pecunia in arcam reposita vel reclusa mit Beschlag belegt wird. Allerdings wird auch von Kuntze zugegeben, daß bei Geldsummen die Abpfändung praktisch der Naturalexekution so nahe kam, daß kaum ein Unterschied blieb.

60) Die pecuniaria condemnatio mit der Vollstreckung durch Pfändung leidet an einer offenbaren Incongruenz, die recht befremdlich hervortritt, wenn der Anspruch auf die Leistung einer im Vermögen des Schuldners befindlichen

Hier ist nun der Ort, der räthselhaften in rem missio zu gedenken, welche bei den Fideicommissen bis auf Justinian stattfand. Was dieser uns bei Gelegenheit der Beseitigung derselben über sie mittheilt,[61]) ist dürftig genug:

Quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat res . . vindicare . . et actiones tam personales quam in rem et hypothecarias dedimus et rem missionis tenebrosissimus error abolitus est . .

Aber selbst aus diesen dürftigen Andeutungen geht mit Sicherheit hervor, nicht etwa bloß daß die in rem missio leicht zu einem umständlichen Verfahren und zu Verwickelungen führen konnte,[62]) sondern vor Allem daß

oder auf die Restitution der vom Beklagten besessenen fremden Sache gerichtet war. Im ersten Falle konnte möglicherweise die geschuldete Sache selbst gepfändet und dann mit dem Erlöse aus dem Verkaufe derselben die Judikatsschuld getilgt oder dieselbe gar dem Gläubiger auf seine durch das Urtheil festgestellte Geldforderung zugesprochen werden. Im zweiten Falle behielt der Verurtheilte möglicherweise die dem Kläger gehörige Sache und andere Vermögensobjekte wurden ihm behufs Befriedigung des Klägers abgenommen.

61) l. 1 pr. §. 1. l. 3 §. 2 C. comm. de leg. 6, 43. Arndts in dem Comment. Th. 46. S. 58 fg.

62) Hierauf kommt Justinian, noch gelegentlich in Nov. 39 praef. zurück: „Introducebantur etiam fideicommissi persecutiones et ex inopia in rem missiones et multi

sie mit der missio in possessionem fideicommissi servandi causa bei nicht geleisteter Caution,[63]) ferner mit der sog. missio Antoniniana,[64]) endlich mit der translatio possessionis in dem Falle, wenn von dem Belasteten gegen die Verurtheilung Appellation eingelegt wird,[65]) nicht das geringste zu schaffen hat, zumal alle diese Sicherungsmittel auch nach Justinians Verordnung bestehen geblieben sind.[66]) Da nun Justinian bei den Fideicommissen an die

illi varii ac paene indissolubiles dictae in rem missionis circuli."

63) Tit. Dig. XXXVI, 3. 4.

64) l. 5 §. 16 sqq. D. ut in poss. leg. 36, 4.

65) l. 5 §. 1 D. ut legat. 36, 3. Auf „Fälle der Besitzeinweisung dieser letzteren Art" bezieht Keller, Institut. S. 340 die fragliche in rem missio und deren Abschaffung durch Justinian.

66) Dies hat schon Chiffletius de iure fideicomm. I. c. 5. (in Otton. thesaur. tom. V. p. 779. 780) richtig hervorgehoben. Dagegen wird die in rem missio wieder mit der missio in poss. fideic. servand. causa verwechselt von Löhr, Magazin f. Rechtswissensch. III. S. 195, welchen Marezoll, Zeitschr. f. Civil-R. u. Proz. IX. S. 306 fg. widerlegt. Derzeit herrscht darüber wohl Einverständniß, daß unsere in rem missio ein neben jener missio fid. serv. c. selbständig dastehendes Institut war. Nur Bachofen, Pfandrecht S. 322 fg. erklärt wieder beide für ein und dasselbe, indem er das Verhältniß folgendermaßen gestaltet. Hauptzweck der missio wäre gewesen, als Zwangsmittel gegen den die cautio legatorum verweigernden Erben dienen. Damit hätte sich aber ein weiterer, zufälliger Nutzen verbunden, der unter Umständen von großer Bedeutung gewesen wäre. War nämlich eine dem Erblasser gehörige Spezies der Gegenstand des Fideicommisses oder eines Damnationslegates, so wäre die missio nicht bloß gegen den Erben, sondern auch unter Umständen gegen den dritten Besitzer der Sache ertheilt worden.

Stelle der in rem missio — ebenso wie bei den Legaten neben die persönliche Klage — die in rem actio setzte, so kann es sich bei der ersteren nur darum gehandelt haben, die vermachte Sache selbst dem Fideicommissar zu verschaffen. Zu einer sicheren und vollständigen Beantwortung der Frage, in welcher Weise die in rem missio vor sich ging und wie sie sich im Einzelnen gestaltete, ist allerdings das Quellenmaterial keineswegs ausreichend, da die Compilatoren möglichst sorgfältig jede Erwähnung jenes Rechtsmittels ausgetilgt haben. Dennoch werden wir einer Erörterung der in rem missio nicht ganz aus dem Wege gehen können, indem wir den Versuch wagen müssen, durch Combination der dürftigen und unsicheren Spuren, die uns von ihr in den Quellen enthalten sind, eine freilich nur sehr hypothetische Anschauung von ihrem Wesen und ihrem Verlauf zu gewinnen.[67])

Hierauf beziehe sich Paul. sent. IV. 1 §. 5, welche Stelle „durch die Bemühungen neuerer Juristen zu einer Bedeutung gelangt sei, an welche ihr Verfasser niemals gedacht hat.“ In der doppelten Anwendung als Cautionszwang und als Surogat der rei vindicatio bei Fideicommissen und Damnationslegaten wäre die missio bis auf Justinian in Uebung geblieben; letzterer hätte sie dann als Verfolgungsmittel des Fideicommisses durch die rei vindicatio ersetzt. Soweit Bachofen. Eine Widerlegung seiner Aufstellungen erscheint überflüssig, da sie in offenem Widerspruche mit Justinians eigener Verordnung (S. 618) stehen, ganz abgesehen davon, daß die auf die missio bezüglichen Quellenstellen einfach unberücksichtigt geblieben sind.

67) Zuerst ist die persecutio fideicommissi mittelst in rem missio von Cujacius erkannt worden. Vgl. über dieselbe Marezoll a. a. O. S. 130 fg., besonders aber die Ausführungen von E. A. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalver-

„Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit“ sagt Paulus sent. IV. I. §. 18. Also der Fideicommissar wird nicht Eigenthümer der vermachten Erbschaftssache und kann sie daher nicht vindiciren, sondern er ist beschränkt auf die Einforderung derselben.[68]) Aber andererseits hat die petitio fideicommissi unter Umständen den Erfolg, dem Fideicommissar das Eigenthum der vermachten Sache zu verschaffen, und zwar mittelst der in rem missio. Wenn daher von einem vindicare ex causa fideicommissi und daneben von einer actio fideicommissi in personam in den Quellen die Rede ist, so wird die Vermuthung nicht ganz abzuweisen sein, daß es sich dort um die Einweisung in den Besitz der vermachten Sache handelt, während hier der Antrag des Fideicommissars darauf geht, daß der Belastete zur Verschaffung der Sache (oder der betreffenden anderweitigen ihm auferlegten

mächtnissen. München 1854. S. 21 fg. 28 fg. Ihering, Jahrb. f. d. Dogmat. X. S. 513 fg. Brinz, Pand. III. §. 428. Anm. 33 (S. 423). Vangerow, Pand. II. §. 532. Anm.

68) Daß dem Fideicommissar keine vindicatio zustehe, möchte vielleicht als gar zu selbstverständlich erscheinen, wenn man an die üblichen Fideicommißformeln denkt, in denen der Erblasser dem Belasteten einen Wunsch oder Auftrag ausspricht (wie z. B. fidei committo, rogo, peto, mando, cupio, dari volo u. dgl.). Aber man muß sich dabei vornehmlich solcher Formeln erinnern, die eine direkte Verfügung enthalten wie z. B. pertinere volo, sibi habere, possidere volo; relinquo; contentus sis; sufficiat tibi. Ferner darf man nicht vergessen, daß in griechischer Sprache angeordnete Vermächtnisse, ohne Unterschied der Formel, Fideicommisse sind. Und endlich wäre zu beachten, daß auch das in einem nicht bestätigten oder Intestatcodizill mit der Formel do oder lego angeordnete Vermächtniß als Fideicommiß behandelt werden mußte.

Leistung), eventuell zur Entrichtung der festzusetzenden aestimatio angehalten werde.[69]) So kann zunächst in dem von Scävola in l. 30 §. 1 D. de adim. leg. 34, 4 mitgetheilten Rechtsfall vielleicht die Anfrage verstanden werden:

Quaesitum est, cum Seia liberta omissa parte hereditatis ei testamento adscripta ex codicillis fideicommissum i. e. σύγκτησιν quae est circa Colonen eligat, an si Pamphilus ex causa fideicommissi eadem praedia vindicet, doli mali exceptione summoveri debeat.

Seja hat hier den ihr im Testament hinterlassenen Erbtheil ausgeschlagen und das ihr im Codizill für diesen Fall ausgesetzte Vermächtniß des Grundstückes angenommen. Dasselbe Grundstück nimmt nun Pamphilus auf Grund eines ihm im Testament gewährten Fideicommisses ebenfalls in Anspruch. Dabei kann möglicherweise an eine gegen den Erben angestellte fideicommissi petitio gedacht sein, mit welcher der Kläger Herausgabe des Grundstückes d. i. Einweisung in den Besitz desselben verlangt, im Gegensatze zu einer auf den Werth des Grundstückes gerichteten Klage, die aber im vorliegenden Falle (wegen der angenommenen translatio fideicommissi) ebenso hinfällig wäre.[70])

Dagegen gehört l. 20 D. de leg. III.[71]) kaum hie-

69) Anders Bekker a. a. O. II. S. 203 bei Anm. 54, welcher alles Ernstes annimmt, daß eine dingliche und eine persönliche Fideicommißklage neben einander gestanden haben.

70) Es darf aber dabei nicht übersehen werden, daß der Ausdruck vindicare hier auch in der allgemeinen Bedeutung von „in Anspruch nehmen" verstanden werden kann, wie z. B. in l. 88 §. 6 D. de leg. II.

71) Si res mihi per fideicommissum relicta eadem tibi legata vel per fideicommissum relicta sit (non communi-

her. Es handelt sich hier um ein zweien Personen in getrennter Verfügung, und zwar der einen oder auch beiden in Gestalt eines Fideicommisses hinterlassenes Vermächtniß. Hier soll, wenn dem Einen die Sache geleistet ist, der Andere zwar kein Recht auf die Sache selbst haben, aber einen Anspruch auf den Werth der Sache behalten. Damit hat Ulpian doch nur den bekannten Grundsatz aussprechen wollen, daß der Erbe dem Einen die res, dem Anderen die aestimatio leisten müsse, der Anspruch des letzteren sich also auf das verum rei pretium beschränke.[72]) Bekker versteht den allerdings ungewöhnlichen Ausdruck „ius in rem habere“ von einer dinglichen Fideicommiß-

candi animo, sed utrique in solidum), ambigendum non est, si alteri sit soluta, alterum nullum quidem ius in ipsam rem habere, sed actionem de pretio integram eum habere. (Ulp.) Der eingeklammerte Satz ist entschieden interpolirt; so auch Arndts in dem Commentar Th. 46 S. 504. Anm. 16.

72) Vgl. die stark interpolirte l. 33 D. de leg. I. und überhaupt Arndts a. a. O. §. 1521. c. Bei dieser Gelegenheit mag nachträglich bemerkt werden, daß mir hinsichtlich der oben S. 14 fg. erörterten Stellen doch Bedenken aufgestoßen sind. Sie scheinen nämlich zum Theil eine Interpolation dringend verdächtig. So wird in l. 84 §. 13 D. de leg. I. der ganze Schluß von Quare an ein Zusatz der Compilatoren sein, wie auch der vorangehende Satz „constitueret — vellet“ wohl interpolirt ist. In l. 108 §. 2 eod. kann Africanus so wie die Stelle lautet, sicher nicht respondirt haben. Vermuthlich hatte derselbe zwischen Vindications- und Damnationslegat unterschieden; die Compilatoren mußten die Stelle mit Rücksicht auf l. 1 pr. §. 1 C. comm. de leg. 6, 43 abändern, wodurch das Responsum allerdings recht schief geworden ist. l. 76 §. 8 D. de leg. II. endlich scheint ganz auf Rechnung der Compilatoren gestellt werden zu müssen.

klage (vindicatio fideicommissi). Indessen dann müßte man annehmen, daß nach Ulpian auch aus dem Damnationslegat eine act. in rem hervorgehen könnte; denn derselbe macht ja keinen Unterschied, ob dem zweiten Vermächtnißnehmer die Sache durch Legat[73]) oder durch Fideicommiß zugewandt ist, und somit muß der Schlußsatz auch auf den Fall eines legatum bezogen werden.

Von größerer Bedeutung ist die Entscheidung in der schwierigen l. 89 §. 4 D. de leg. II.[74])

> Scaevola l. IV. Respons. — Quattuor filios aequis partibus instituit et fundum per praeceptionem singulis legavit; filii, cum universa bona patris obligata essent, mutua accepta pecunia hereditario creditori solverunt et posteriori obligaverunt, qui cum ei debitum non solveretur, praedia universa lege pignoris uni ex heredibus vendidit. Quaeritur, an, cum iste filius ex causa emptionis ea possideat, fratribus et coheredibus fideicommissi petitio esset an vero ea perempta esset, cum communiter universa sequenti creditori obligaverint. Respondi[75]) actionem quidem

73) Dabei kann der Jurist natürlich nur an ein Damnationslegat gedacht haben. Denn wenn dem Einen die Sache fideicommissarisch hinterlassen, dem Anderen per vindicationem legirt wäre, so würde letzterer immer die Herausgabe der Sache verlangen können.

74) Diese Stelle ist zwar schon von Arndts in dem Comment. Th. 47 S. 305 fg. erörtert worden, aber er sowohl, wie Buchholtz, Lehre v. d. Prälegaten S. 585 fg. (der sich wieder wesentlich an Cujacius in Recitat. ad tit. de legat. II. und in l. IV. respons. Scaev. ad h. l. anschließt) hat die Schwierigkeiten, welche die Stelle bereitet, zwar empfunden, aber nicht gehoben. Arndts läßt uns über den Sachverhalt vielmehr ganz im Unklaren.

75) Zu dem folgenden Satze bemerkt schon Mayer, Lehre

fideicommissi in personam competentem omnibus invicem manere: non autem fideicommissum restituen-

von den Legaten S. 26 Anm. 11, daß er „ohne Zweifel interpolirt" sei. Dies wird auch von Gradenwitz, Zeitschr. f. Rechtsgesch. B. 20. S. 69 angenommen, welchem Lenel, palingen. II. p. 307 n. 2 beistimmt. Es scheint aber weder Inhalt noch Form des mitgetheilten Responsum diese Annahme zu rechtfertigen, ja es ist für dieselbe überhaupt kein rechter Grund ersichtlich, wie die im Texte folgende Interpretation der Stelle darthun wird. Das Einzige, was auf eine Interpolation deuten könnte, ist das „restituendum est" statt „restituendum esse". Hiedurch könnte man aber doch immer nur dahin geführt werden, den zweiten Theil des Responsum für einen Zusatz der Compilatoren zu halten. Nun läßt sich allerdings nicht leugnen, daß in den drei Stellen aus den libri responsorum, in welchen Scävola aus der Construction fällt, der direkte Satz ihm nicht angehört. So haben wir es in l. 43 D. de recept. 4, 8 und l. 88 §. 11 D. de leg. II. mit einer offenbaren Interpolation zu thun, während in l. 7 D. qu. c. eo 14, 5 der Satz: „sed filius condemnatur . ." (was Lenel nicht angemerkt hat) altes Glossem ist. Indessen dort ergiebt sich schon aus dem Inhalt des fraglichen Satzes, daß er von dem Juristen selbst nicht herrühren kann. Ganz anders steht es aber mit unserer Stelle. Was sollte auch die Compilatoren bestimmt haben, einen der Erklärung selbst noch so sehr bedürftigen Zusatz zu machen? Da dürfte es doch wohl eher, wenn die direkte Rede anstößig erscheint, gestattet sein, das „est" hinter „restituendum" in „esse" zu verwandeln, oder noch besser ganz zu streichen. Lenel loc. cit. vermuthet, daß Scävolas Responsum einfach gelautet habe: „actionem familiae erciscundae omnibus invicem manere" und daß die Compilatoren statt FE. (= fam. erc.) gelesen hätten FC. (= fideicomm.). Das ist gewiß eine höchst scharfsinnige Conjectur, aber es bedarf ihrer

dum est [esse?], nisi prius debitum ab eis emptori eidemque coheredi persolveretur.

Vergegenwärtigen wir uns den Thatbestand des hier erörterten Rechtsfalles. Jedem der vier zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzten Söhnen war ein Grundstück prälegirt,[76]) und zwar in Form eines Fideicommisses.[77]) Behufs Befriedigung eines Nachlaßgläubigers, dem eine Generalhypothek am gesammten Vermögen des Erblassers (dessen Hauptbestandtheil wohl jene Grundstücke bilden mochten) zustand, hatten die Erben gemeinschaftlich ein Darlehen aufgenommen,[78]) indem sie dem neuen Gläubiger gleichfalls das Erbvermögen verpfändeten. Letzterer hat nun, da die Zahlung ausblieb, dem Pfandvertrage gemäß[79]) die prä-

nicht. Und würde dann nicht auch die Antwort des Juristen auf die Anfrage: „an fideicommissi petitio esset" mindestens schief und zweifelerregend sein? Hinsichtlich des Ausdruckes actio fideicommissi vgl. übrigens Bekker a. a. O. II. S. 203. Anm. 43.

76) Daß jeden Miterben ein besonderes Grundstück prälegirt war, wird schon seit der Glosse mit Recht allgemein angenommen.

77) Wie auch Cujacius l. c. voraussetzt, vgl. Arndts S. 307. Dafür spricht auch, daß Scävola in unserer ganzen l. 89 wie überhaupt in dem 4. und auch 3. Buche der responsa nur von Fideicommissen handelt.

78) „Versura facta": Cujacius l. c. vgl. l. 38 pr. D. de leg. III.

79) So muß „lege pignoris" verstanden werden, nicht „kraft seines Pfandrechtes", was richtiger mit „iure pignoris" auszudrücken wäre. Hinsichtlich des Inhaltes des fraglichen Pfandvertrages sich in Muthmaßungen zu ergehen, wäre müßig. Kann sein, daß in demselben, wie Buchholtz annimmt, den Erben ein Vorkaufsrecht eingeräumt war. Sehr wahrscheinlich ist aber diese auch von Arndts verworfene Supposition allerdings nicht. Näher möchte

legirten Grundstücke an einen der Erben verkauft. Die Anfrage geht nun darauf, ob den Miterben die fideicommissi petitio noch zustünde oder durch die gemeinsame Verpfändung der Grundstücke hinfällig geworden wäre.

Die Fragestellung selbst ist zweideutig oder wenigstens nicht scharf, zumal da die Begründung der Anfrage in verschiedenem Sinne genommen werden kann. Es kann nämlich im Sinne des Anfragenden durch den Satz „cum iste filius ex causa emptionis ea possideat“ entweder gegen die Zulässigkeit der fideicommissi petitio ein Zweifel angeregt werden, da der Bruder auf Grund des Kaufes die prälegirten Grundstücke besitzt: oder es kann umgekehrt die fideicommissi petitio damit begründet werden, daß der Bruder eben im Besitze der Grundstücke sich befindet. Dann wäre die Anfrage dahin gegangen, ob gegen den Miterben, der durch den Kauf in den Besitz der Grundstücke gekommen ist, das Fideicommiß geltend gemacht, also von ihm die Herausgabe der Grundstücke verlangt werden könne. Augenscheinlich lag nun dem Anfragenden gerade die fideicommissi petitio gegen diesen Miterben im Sinne. Wider dieselbe macht sich dann das Bedenken geltend, ob nicht durch die gemeinsame Verpfändung aller Grundstücke der Anspruch aus dem Fideicommiß überhaupt als aufgehoben zu betrachten wäre. Denn da jeder Miterbe seine Quote an sämmtlichen Grundstücken unter Zustimmung der übrigen (die sich eben in der Gemeinsamkeit der Verpfändung ausspricht) verpfändet hat, so könnte darin ein Verzicht aller auf das Prälegat gefunden werden.

schon die Annahme liegen, daß, wie der ganze Nachlaß für die Darlehensschuld eines jeden der Miterben verpfändet war, so es auch dem Gläubiger freistehen sollte, sämmtliche Grundstücke zugleich bei ausbleibender Zahlung auch nur eines Miterben zu verkaufen.

Auf die Anfrage, ob den Miterben die fideicommissi petitio noch zuständig wäre d. h. ob sie einen Anspruch aus dem Fideicommiß geltend machen könnten, antwortet Scävola mit einer sehr deutlichen Unterscheidung. Zunächst behalten alle Miterben gegen einander die ihnen aus dem Fideicommiß zustehende persönliche Klage. Also die Annahme eines Verzichtes auf das Fideicommiß wird verworfen.[80]) Und gewiß mit Recht. Denn ein persönlicher Anspruch wird an sich noch nicht dadurch aufgehoben, daß man dem Verpflichteten die Verpfändung oder Veräußerung der geschuldeten Sache gestattet. Man müßte sonst folgerichtig annehmen, daß auch, wenn die Darlehensschuld getilgt würde und so die vermachten Grundstücke von dem Pfandrecht befreit wären, nun kein Miterbe einen Anspruch aus seinem Prälegat mehr erheben könnte. Schwerlich aber läßt sich aus der gemeinsamen Verpfändung auf diesen Verzichtswillen schließen. Auch der nachfolgende Pfandverkauf, mag er an wen nur immer erfolgt sein, vermag diesen persönlichen Fideicommißanspruch nicht aufzuheben.

Eine ganz andere Frage ist aber die, ob und wie die übrigen Miterben die Herausgabe der ihnen prälegirten Grundstücke von dem Bruder, der sie durch Kauf erworben hat, verlangen könnten. Daß der Jurist hier nicht an die genannte actio fideicommissi in personam competens gedacht haben kann, liegt auf der Hand.[81]) Denn einmal

80) Vgl. l. 92 pr. D. de leg. I. (oben S. 366 fg.) l. 34 §. 2 eod. II. (oben S. 370 fg.).

81) Wunderbarerweise trägt Buchholtz (nach dem Vorgang von Cujacius l. c.) gar kein Bedenken, die „persönliche Klage“, welche die Miterben gegen einander haben sollen, jedem derselben gegen den Käufer auf Herausgabe des prälegirten Grundstückes zu geben. Auch Arndts scheint

ist jene Klage invicem zuständig: hier wird aber von einem Anspruch gegen den Käufer auf Restitution gesprochen. Und sodann jene Klage würde doch gegen jeden der Miterben nur pro parte gehen; es könnte also jeder Miterbe gegen den Käufer immer nur auf eine Quote ($^1/_4$) des ihm vermachten Grundstückes seine Klage richten: während es sich hier offenbar um Restitution des ganzen Grundstückes handelt. Hätte nun ein Dritter die Grundstücke beim Pfandverkauf erstanden, so würde es keines Beweises bedürfen, daß die Erben auf jenen wechselseitigen persönlichen Anspruch verwiesen wären.[82]) Im vorliegenden Falle soll sich aber der Besitzer, eben da er selbst belasteter Miterbe ist, nicht darauf berufen können, daß er sie durch Kauf erworben habe.[83]) Denn da er in Kenntniß der bestehenden Fideicommisse und als Mitverpfänder die Grundstücke an sich gebracht hat, so vermag ihn sein Eigenthum gegen die Herausgabe derselben nicht zu schützen,[84]) vorausgesetzt daß die Miterben ihm ihren Antheil an der von ihm durch den Kaufpreis getilgten Darlehensschuld zahlen.

Veranschaulichen wir uns, bevor wir zusehen, auf welche Weise der Anspruch gegen den Miterben und Käu-

keinen Anstoß daran zu nehmen, obwohl wir freilich im Unklaren bleiben, wie er sich den ganzen Hergang eigentlich vorstellt.

82) Diesen Anspruch könnten die Miterben natürlich auch im iudicium familiae erciscundae geltend machen.

83) Vgl. auch oben S. 370.

84) Daran scheint Buchholtz zu denken, wenn er meint, daß der Miterbe „eigentlich dem Kläger eine exc. iusti dominii entgegenstellen könnte," — mit Berufung auf l. 16 D. de Publ. 6, 2 (!). — Der Entscheidung selbst widerspricht nicht l. 17 D. comm. div. 10, 3, wo der Fall ganz anders gestaltet ist; vgl. Dernburg, Pfandrecht II. S. 163.

ser realisirt wird, zunächst den erörterten Rechtsfall an einem Beispiel. Die Miterben sind A, B, C, D; die in Rede stehende Schuld beträgt 8000; dem A ist das Grundstück a im Werthe von 2000, dem B das Grundstück b im Werthe von 3000, dem C das Grundstück c im Werthe von 4000, dem D endlich das Grundstück d im Werthe von 6000 vermacht. Diese Grundstücke hat A vom Pfandgläubiger für den Preis von 15000 gekauft, wovon nach Abzug der Schuld des Pfandgläubigers an jeden der Miterben 1750 gezahlt sind. Jeder der Miterben würde nun gegen jeden anderen einen persönlichen Anspruch (act. fideicommissi) auf 1/4 des Werthes des ihm vermachten Grundstückes geltend machen können: also beispielsweise D von A, B, C je 1500 fordern können, während er seinerseits dem A auf 500, dem B auf 750, dem C auf 1000 haftete. Bei Durchführung der Rechnung ergiebt sich, daß jeder Miterbe mit Hinzurechnung des ihm ausgezahlten Theiles der hyperocha genau so viel erhält, als auf ihn nach dem Testamente fallen mußte, nämlich den Werth des vermachten Grundstückes nach Abzug seines Antheiles an der gemeinschaftlichen Schuld, also B 1000, C 2000, D 4000, während dem A nichts verbleibt. Setzen wir den Fall, A hätte einen geringeren Kaufpreis, etwa im Betrage der Schuld (8000) gezahlt, so würden die Miterben bei der act. fideicommissi in personam offenbar zu kurz kommen; denn es würde hier im Resultat D nur 2250 und C 250 erlangen, während B 750, A 1750 zahlen müßte, letzterer aber den Mehrbetrag des Werthes der Grundstücke über die Kaufsumme behielte, also 5250 lucriren würde. Gerade in einem solchen Falle würde die Möglichkeit, das Fideicommiß so zu sagen dinglich gegen den Miterben, der die Grundstücke erstanden hatte, zu verfolgen, auch schon der Billigkeit entsprechen.

Die Miterben können also nach ihrer Wahl entweder

den persönlichen Fideicommißanspruch auf die aestimatio gegen einander verfolgen, oder die Herausgabe des Grundstückes vom Käufer gegen Erstattung des von diesem gezahlten Kaufpreises[85]) verlangen. Wenn einer der Erben davon Abstand nimmt, also das erstandene Grundstück dem Käufer überläßt, so findet die act. fideicommissi in personam nur zwischen ersterem und den Miterben wechselseitig statt. Nehmen wir also an, daß in dem ersten Beispiel D darauf verzichtete die Restitution des ihm vermachten Grundstückes d von A zu beanspruchen, so würde er nach stattgefundener Aufrechnung von A 1000, von B 750, von C 500, also im Ganzen 2250 (und dazu noch die gezahlte hyperocha von 1750) bekommen, während B und C gegen Zahlung von je 3750 ihre Grundstücke erlangten.

Doch kehren wir zu unserem Gegenstande zurück.

Die in rem missio wird dem Fideicommissar nur auf sein Gesuch nach Ermessen des rechtsprechenden Magistrates durch Dekret ertheilt auf Grund des vorangegangenen Spruches in der gegen den Belasteten gerichteten petitio, durch welchen das Fideicommiß anerkannt ist.[86]) Sie be-

85) Sie haben den gezahlten Kaufpreis, nicht etwa den Betrag der Schuldsumme, für welche die Grundstücke verpfändet waren, antheilsweise zu entrichten, also auch den erhaltenen Betrag der hyperocha zurückzugeben. Der Schlußsatz in unserer l. 89 §. 4 setzt voraus, daß der Kaufpreis mit der Schuldsumme übereinstimmt.

86) Richtig bemerkt Seuffert a. a. O. S. 34 Anm. 27, daß die petitio fideicommissi niemals gegen den dritten Besitzer ging; wohl aber fand gegen ihn die persecutio fideic. statt. — War der Fideicommißanspruch unbestritten, hatte ihn also der Belastete zugestanden, so bedurfte es allerdings nicht eines denselben anerkennenden Spruches des Prätors (also einer Verurtheilung des Beklagten); es

steht, wie die übrigen missiones in der magistratischen Ermächtigung, von der vermachten Sache Besitz zu ergreifen, wobei der Eingewiesene durch ein Interdikt oder, und vielleicht regelmäßig, durch unmittelbaren magistratischen Zwang geschützt wird.[87]) Dagegen unterscheidet sie sich von den übrigen missiones[88]) darin — und kommt in diesem Punkte mit der bei unterlassener cautio damni infecti stattfindenden überein —, daß hier immer in den Besitz einer ein-

fand hier überhaupt keine Litiscontestation statt, sondern es kam sofort zur Vollstreckung d. h. es erging an den Belasteten der Zahlungsbefehl. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß auch ohne weiteres die in rem missio auf Verlangen des Fideicommissars ertheilt wurde. Da dieselbe in bestimmten Fällen ausgeschlossen war, mußte ihr eine Verhandlung vorausgehen, zu welcher auch, wenn die vermachte Sache im Besitze eines Dritten sich befand, dieser hinzugezogen wurde. Das Dekret erfolgte also nur nach einer causae cognitio.

87) Vgl. l. 5 §. 27 D. ut in poss. leg. 36, 4. Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum: aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem. l. 3 pr. D. ne vis fiat ei qui in poss. 43, 4 — potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere: sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem. S. auch Ihering a. a. O. S. 514. Anm. 147.

88) Namentlich auch von der missio legator. servandor. c. (vgl. insbesondere l. 13 D. ut in poss. leg. 36, 4), welche — abgesehen von dem Falle, wenn der Legatar mit einem Fideicommiß belastet ist (l. 5 §. 28 eod.) — nur ausnahmsweise in singulas res erfolgt, s. l. 5 §. 5. l. 8 eod. Ueber den Fall der l. 7 §. 17 D. quib. ex caus. in poss. 42, 4 vgl. Bethmann-Hollweg II. S. 571.

zelnen Sache eingewiesen wird. Auch ihre Wirkung war doch wohl dieselbe, wie die der letztgenannten Besitzeinweisung ex secundo decreto:[89]) der Eingewiesene wurde nicht bloß juristischer Besitzer der Sache mit condicio usucapiendi, sondern erlangte prätorisch geschütztes Eigenthum.[90])

89) Hierüber vgl. Burckhard in dem Comment. Serie B. 39. 40. Th. II. S. 556. Zu den dort angeführten Stellen wären noch nachzutragen l. 11 D. de A. P. 41, 2. l. 137 D. de R. J. 50, 17 (= l. 1 §. 11 D. de relig. 11, 7).

90) Ob man hier von einem „bonitarischen Eigenthum" sprechen kann, mag fraglich bleiben (s. dawider Pernice, Labeo II. S. 188); jedenfalls hatte der Eingewiesene die Sache in bonis und ihm war wohl die act. Publiciana zuständig. Wenn in einigen Stellen noch besonders betont wird, daß der wegen Nichtleistung der cautio legatorum Eingewiesene nicht Eigenthum erhält — eine Bemerkung, die doch sonst mindestens ziemlich überflüssig wäre — so empfängt dies vielleicht gerade durch den vorschwebenden Gegensatz der in rem missio volle Bedeutung; vgl. l. 114 §. 12 D. de leg. I. — mitti liberos in possessionem fideicommissi servandi causa, ut pro pignore, non ut pro dominis possideant. l. 5 pr. D. ut in poss. leg. 36, 4. — missus in possessionem numquam pro domino esse incipit. l. 5 C. eod. 6, 54. Qui legati sive fideicommissi causa in possessionem mittuntur, non proprietatem nanciscuntur, sed ius pignoris. — Durch in rem missio wurde auch das Fideicommiß realisirt, wenn ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht an einer Erbschaftssache vermacht war. Durch die Einweisung wurde hier ein prätorischer Nießbrauch (possessio ususfructus) oder ein Pfandrecht begründet. Auf den letzteren Fall bezieht sich vermuthlich l. 9 D. de ann. leg. 33, 1. (Papin.): Fundus, quem paterfamilias legatorum nomine, quae in annos singulos relinquit, pignus esse voluit, ex causa fideicommissi rei servandae gratia recte petetur. Paulus notat: hoc admittendum est et in

Im Falle einer Collision mit der missio in possessionem legati servandi causa mußte die dem Fideicommissar ertheilte in rem missio vorgehen. Hierauf bezieht sich aller Wahrscheinlichkeit nach l. 11 pr. D. ut in poss. legat. 36, 4:

Hermogenianus l. IV. iur. epitom. — Si fideicommissorum vel legatorum servandorum causa missus in possessionem eam rem teneas, quae mihi per fideicommissum relicta esset, aequius est me eam habere, cui ea ipsa relicta est, quam te, qui alterius fideicommissi nomine ingressus in eam esses. Nam et si mihi sub condicione legatum est et tu medio tempore in possessionem eius factus fueris legatorum servandorum causa, deinde condicio impleta esset, non denegabitur mihi eius rei integra[91]) persecutio: sic enim et si statuliberum ex eadem causa possidere coepisset, impleta condicione iustam libertatem eius impedire non potest.

Der eine Vermächtnißnehmer ist wegen nicht geleisteter cautio legatorum in den Besitz des Nachlasses einge-

aliis rebus hereditariis, ut et in eas legatarius mittatur. Schon Cujacius ad h. l. in Recitt. ad tit. D. 33, 1 bringt das Responsum Papinians mit der in rem missio in Verbindung (wogegen er im comm. ad l. VII. resp. Papin. an die act. hypothecaria denkt) und erklärt die Note des Paulus ganz richtig dahin, daß durch jene Einweisung in das Grundstück auf Grund der testamentarischen Verfügung der Fideicommissar nicht den Anspruch auf die gewöhnliche missio in bona hereditaria bei Unterlassung der cautio legatorum verliere. Vgl. überhaupt Dernburg, Pfandrecht I. S. 283 fg.

91) Th. Mommsens Conjectur „interea“ ist nicht recht verständlich.

wiesen worden und es handelt sich um die von ihm besessene Sache, die einem anderen fideicommissarisch hinterlassen ist. Wenn nun der Jurist sagt, es wäre billiger, daß letzterer dieselbe habe, so kann das von einer dem zweiten Vermächtnißnehmer zu ertheilenden missio in possessionem legati servandi causa nicht verstanden werden, da diese doch zum Mitbesitz wie der bona hereditaria überhaupt, so auch der betreffenden Sache mit dem zuerst Eingewiesenen führen würde.[92]) Ganz entschieden spricht aber für unsere Auffassung, daß es sich hier um eine in rem missio handelt, die Art und Weise, wie Hermogenian[93]) seine Ansicht begründet, daß der zweite Fideicommissar hinsichtlich der vermachten Sache dem ersteren, welchem generelle missio in possessionem zu theil geworden ist, vorgehen müsse. Er beruft sich nämlich auf die Analogie der unter einer Bedingung per vindicationem legirten Sache und eines statuliber, von denen der in die bona hereditaria eingewiesene erste Vermächtnißnehmer Besitz ergriffen hat. Tritt die Bedingung des Legates oder der Freiheit ein, so kann der Legatar dasselbe unbeschränkt geltend machen, also die Sache vindiciren, bezw. der statuliber seine Freiheit geltend machen. Ebenso müsse auch der zweite Fideicommissar, nachdem dem ersteren die missio in possessionem ertheilt ist, die ihm vermachte Sache allein erhalten. Die Inanspruchnahme der legirten Sache durch rei vindicatio und die der per fideicommissum hinterlassenen Sache werden hier auf gleiche Linie gestellt. Dabei wird es doch wohl am nächsten liegen an die in rem missio zu denken, durch welche der Fideicommissar sich die Sache verschaffen

92) l. 5 §. 2. 3 D. ut in poss. leg. 36, 4. cfr. l. 13 eod.

93) Oder vielmehr der Jurist, den er excerpirt, vielleicht Papinian.

und das Eigenthum an ihr erlangen soll, während dort der Legatar sein schon begründetes Eigenthum verfolgt.

Durch die in rem missio wird zunächst das durch Spruch des Prätors zuerkannte Fideicommiß gegen die Person des Belasteten selbst, dem die vermachte Sache gehört und der sich im Besitze derselben befindet, verfolgt. Dabei würde noch die Frage aufgeworfen werden können, ob nur dann, wenn eine zum Nachlaß gehörige Sache, oder auch wenn eine eigene Sache des Belasteten den Gegenstand des Fideicommisses bildet, eine Einweisung des Fideicommissars in dieselbe stattfand. Zur Beantwortung dieser Frage bieten uns die Quellen keinen Anhalt. Gegen die Zulässigkeit der in rem missio im letzteren Falle erheben sich Bedenken, ja man könnte geneigt sein, sie von vorneherein in Abrede zu stellen. Einmal weil hier der Eingriff in die vermögensrechtliche Herrschaft der Person ein weit stärkerer gewesen wäre, als bei einer von dem Erblasser mit der Auflage der Restitution auf den Belasteten gekommenen Sache; sodann, weil so leicht die eigenen Gläubiger des Belasteten durch die Entziehung eines Befriedigungsobjektes hätten beeinträchtigt werden können. Indessen, wenn es richtig ist, wie wir angenommen haben, daß auch beim Fideicommiß einer dem Belasteten gehörigen Sache der Urtheilsspruch durch unmittelbaren Zwang d. h. Naturalexekution vollstreckt wurde, so läßt sich nicht absehen, warum hier die in rem missio nicht hätte stattfinden können. Und die Gläubiger des Belasteten würden durch sie doch nicht mehr gefährdet sein, als bei freiwilliger Leistung der vermachten Sache. Doch mag vielleicht auch bei den römischen Juristen in diesem Punkte eine Meinungsverschiedenheit bestanden haben. Schließlich muß noch hervorgehoben werden, daß es für die in rem missio hinsichtlich der im Besitze des belasteten Erben befindlichen Sache keinen Unterschied ma-

chen konnte, ob der Erblasser Eigenthümer oder bonae fidei possessor gewesen war.

War es der Zweck der in rem missio, dem Fideicommissar die vermachte Sache dem Willen des Erblassers gemäß zu verschaffen, ihn gegen Insolvenz und bösen Willen des Belasteten zu sichern, so mußte sie nicht bloß gegen den letzteren, sondern auch gegen dritte Besitzer der Sache gewährt werden. Dies aber natürlich nur dann, wenn es sich um eine Nachlaßsache handelte. Dadurch erhielt der Anspruch aus dem Fideicommiß einen dinglichen Charakter und es näherte sich insofern seiner Wirkung nach einigermaßen dem Vindicationslegat. Gerade in dieser Anwendung mußte die besondere praktische Bedeutung und zugleich die eigenthümliche Natur dieses dem Fideicommissar gewährten Rechtsschutzes hervortreten, während dasselbe sonst von geringerer Wichtigkeit erscheinen mochte, da der Fideicommissar schon durch die gemeine missio legat. servand. causa und namentlich durch die spätere sog. missio Antoniniana hinreichend gesichert war. So finden sich denn auch von der in rem missio in dieser Gestaltung noch die meisten Spuren in den Quellen, was sich auch daraus erklärt, daß hier die Compilatoren mit Rücksicht auf das von Justinian eingeführte Veräußerungsverbot hinsichtlich der vermachten Sache, zu Ausmerzungen weniger Veranlassung hatten. Was nun die für diesen Fall geltenden Grundsätze anbetrifft, so ist den Zweifeln und Hypothesen ein weiter Raum gelassen. Ja es scheint, daß es gerade hier an abweichenden Auffassungen und streitigen Punkten, worauf Justinian selbst hinweist (vgl. oben S. 618), nicht fehlte.

Soviel ist ganz sicher, daß die in rem missio gegen Dritte nicht durchgreifend, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erschien. Keinem Bedenken konnte sie unterliegen, wenn der Dritte nicht Eigenthümer,

sondern bloß Besitzer der vermachten Sache war. Ganz gewiß nicht, wenn er auf unrechtmäßige Weise oder durch den belasteten Erben (oder Legatar) den Besitz erlangt hatte, z. B. wenn ihm die Sache geliehen oder vermiethet war; mochte er sich, im Falle der Entziehung derselben, an den Erben halten. Unzweifelhaft drang der Fideicommissar auch mit der in rem missio durch, wenn der Dritte von einem Anderen die Sache erworben hatte, ohne daß nach seiner oder seines Auctors bona fides gefragt wurde, wie demselben hier ja auch der Erbe mit der rei vindicatio die Sache hätte abnehmen können. Fraglicher wurde ihre Statthaftigkeit schon, wenn der Erblasser den Besitz eingeräumt hatte; doch wird man den Besitzer auch hier mit seinem Anspruch an den Erben verwiesen haben. Eine erhebliche Meinungsverschiedenheit scheint nun aber in dem Falle bestanden zu haben, wenn der Dritte das Eigenthum (oder auch ein mit Besitz verbundenes dingliches Recht, wie Nießbrauch, oder ein Pfandrecht) vom Belasteten erworben hatte. Sollte der Besitzer mit der Berufung auf sein Recht an der Sache (Eigenthum, Nießbrauch, Pfandrecht) der in rem missio widersprechen, oder der Fideicommissar stets ohne Rücksicht auf dasselbe und die beim Erwerbe des Besitzes obwaltenden Umstände seinen Anspruch aus dem Vermächtniß gegen ihn durchführen können?

Hieher gehört zunächst der unfraglich auf unsere in rem missio bezügliche[94]) Ausspruch in Paul. sent. IV, 1 §. 15:

94) Schon Cujacius versteht diese Stelle von der in rem missio; dagegen beziehen sie Bachofen (s. Anm. 66) und Keller, Institutionen S. 338. 340 auf die gewöhnliche missio legat. serv. c. (l. 5 §. 5. 15. l. 8 D. ut in poss. leg. 36, 4. l. 6 C. eod. 6, 54), während doch Paulus

Rem fideicommissam si heres vendiderit eamque sciens comparaverit, nihilo minus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat.

Gegen den dritten Besitzer soll der Fideicommissar nur dann die Besitzeinweisung verlangen können, wenn jener die Sache in Kenntniß des Fideicommisses vom Erben (oder überhaupt vom Belasteten) erworben hat. Daß die in rem missio auf den ersten Erwerber der vermachten Sache beschränkt sei, hat Paulus gewiß nicht ausdrücken wollen; sie wird auch platzgreifen, wenn sich die Sache bereits in zweiter oder dritter Hand befindet. Wesentlich ist nur, daß die Unbekanntschaft des Erwerbers mit dem Fideicommiß sie ausschließen soll. Aber da stellt sich doch gleich ein Bedenken ein. Wenn nur das Wissen des Erwerbers in Betracht käme, dann hätte doch der Belastete den Fideicommissar leicht um die vermachte Sache bringen können, indem er sie arglistigerweise veräußerte. Der dingliche Rechtsschutz des letzteren wäre fast illusorisch geworden, da es immer nur selten vorkommen wird, daß der Dritte etwas von dem Fideicommiß weiß und in dieser Kenntniß die vermachte Sache erwirbt. Und so scheinen denn auch in der That andere Juristen nicht an jener Beschränkung festgehalten zu haben.

Darauf deutet auch die Entscheidung Scävolas in der früher (S. 385) erörterten l. 89 §. 7 D. de leg. II. Es handelt sich hier allerdings um ein Universalfideicommiß, aber hinsichtlich der in fremdem Besitze befindlichen Nachlaßsache gelten bei ihm dieselben Grundsätze wie beim Singularfideicommiß. Der Käufer fragt nun an, ob der Verkauf des Erbschaftsgrundstückes vom Fideicommissar

der cautio legat. mit keinem Worte gedenkt, und überdies in den citirten Stellen nur vom dolus des Erben und nicht von der scientia des Erwerbers die Rede ist.

rückgängig gemacht werden (retractari) könne, d. h. ob der Erwerb letzterem gegenüber keine Wirkung habe, oder ob derselbe einzig auf einen persönlichen Anspruch gegen den Fiduciar in betreff des diesem zugekommenen Kaufpreises beschränkt sei. Dabei kann auf dem Standpunkte des zur Zeit des Juristen geltenden Rechtes nur an die gegen den dritten Besitzer stattfindende persecutio fideicommissi mittelst in rem missio gedacht sein.[95]) Aus der Gestalt der Anfrage sowohl wie des Responsum geht nun hervor, daß diese dingliche Verfolgung des Fideicommisses gegen denjenigen, der die Sache nach dem Tode des Erblassers infolge einer Veräußerung des Belasteten erworben hat, regelmäßig statthaft ist und daß der Fideicommissar bloß dann die Verweisung an den Belasteten sich gefallen zu lassen braucht, wenn der Erwerb des Dritten als ein durch die besonderen Umstände gerechtfertigter erscheint. Im vorliegenden Falle war nun aber dem Erben wie dem Käufer das Fideicommiß unbekannt, ja sie konnten keine Kenntniß von demselben haben, da das Codizill, in dem es angeordnet war, erst nach dem Tode des Erben geöffnet werden sollte. Und eben wegen dieser iusta ignorantia soll der Käufer die Sache behalten können und der Fideicommissar auf die Durchführung seines persönlichen Anspruches gegen den Erben auf den Kaufpreis beschränkt sein. Diese Entscheidung wahrt gleichmäßig das Interesse des Belasteten wie des Käufers: des ersteren, da ihm sonst eine Evictionshaf-

95) Die Stelle wird von den Neueren (Anm. 67) durchgängig von der in rem missio verstanden; ebenso auch von Schulting und v. d. Water (S. 385 Anm. 60), während Cujacius sie einzig mit Beziehung auf das justinianische Veräußerungsverbot interpretirt und A. Faber de error. pragm. Dec. 70. err. 7. Dec. 88. err. 2 sie für interpolirt hält.

tung aufgebürdet werden würde; des letzteren, da er, wenn er die Sache herausgeben müßte, möglicherweise seinen Evictionsanspruch gegen den Verkäufer wegen Insolvenz desselben nicht durchführen könnte. Wenn nun aber der Fideicommissar „propter iustam ignorantiam tam mulieris (i. e. heredis) quam emptoris“ die Sache von dem Käufer nicht soll in Anspruch nehmen können, so kann damit offenbar keineswegs gesagt sein, daß nur im Falle der Kenntniß des Fideicommisses, also der mala fides auf beiden Seiten die in rem missio platzgreife.[96]) Vielmehr wäre damit gerade umgekehrt ausgedrückt, daß, wenn auf Seiten des Belasteten oder des Erwerbers keine iusta ignorantia vorliegt, dem Antrage des Fideicommissars auf Ertheilung der in rem missio nichts entgegenstehe. So hätten wir also den Satz gewonnen, daß der Erwerber sich auf sein Nichtwissen der in rem missio gegenüber nicht berufen kann, wenn der Belastete in Kenntniß des Fideicommisses die Sache veräußerte.[97])

Hiemit stimmen auch noch die in anderen Stellen sich findenden Entscheidungen überein, welche bestätigen, daß der Fideicommissar den ihm zuerkannten Anspruch auf die Sache regelmäßig gegen den Besitzer derselben verfolgen konnte, ohne daß auf dessen mala fides besonderes Gewicht

96) Daraus daß die beiderseitige ignorantia die in rem missio ausschließen soll, folgt doch noch nicht, daß dieselbe nur unter Voraussetzung beiderseitiger mala fides gewährt wird. Es ist dies ein Fehlschluß, dessen sich Seuffert S. 31 fg. 81 fg. und die Anderen schuldig machen.

97) Daß dies wirklich die Meinung Scävolas war, kann freilich mit Gewißheit aus unserer Stelle nicht entnommen werden, da ja bekanntlich ein argumentum a contrario allemal unsicher bleibt.

gelegt würde. So enthält eine Anwendung dieses Grundsatzes l. 109 §. 1 D. de leg. I.

Africanus l. VI. Quaest. — Heres, cuius fidei commissum erat, ut mihi fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit; cum electio ei relinquitur utrum malit dandi, ut tamen alterum solidum praestet, praetoris officio convenire existimo, ut si pecuniam Titius offerat, inhibeat fundi persecutionem. Ita enim eadem causa constitueretur, quae futura esset, si alienatus fundus non fuisset: quando etiam adversus ipsum heredem officium praetoris sive arbitri tale esse deberet, ut, si fundus non praestaretur, neque pluris neque minoris quam centum aestimaretur.

Daß mit den beim Legat geltenden Rechtssätzen die hier getroffene Entscheidung sich nicht vereinigen läßt, liegt auf der Hand.[98]) In dem Falle eines Fideicommisses macht sie weniger Schwierigkeit. Der Erbe soll nach seiner Wahl das bestimmte Erbschaftsgrundstück oder hundert leisten. Angenommen, wir hätten es mit einem Damnationslegat zu thun, so würde der Legatar, wenn der Erbe das Vermächtniß nicht erfüllt, alternativ (mit intentio incerti auf Leistung des Grundstückes oder der hundert klagen und die Verurtheilung würde auf hundert nur dann, wenn das Grundstück nicht weniger werth ist, sonst aber auf die aestimatio des letzteren ergehen. Der Umstand, daß der Erbe das Grundstück verkauft hat, wäre völlig unerheblich, da von einem gegen den Erwerber zu verfolgenden Anspruch

98) Schon Cujacius ad Afric. tract. VI. und Recitt. ad tit. de legat. I. in h. l. findet in dieser Stelle ein klares Zeugniß für die dingliche Natur der persecutio fideicommissi.

nicht die Rede sein könnte. Beim Fideicommiß dagegen ergeht der vollstreckbare Spruch auf Herausgabe des Grundstückes oder Zahlung von hundert. Nur durch letztere, aber auch stets durch letztere schützt der Erbe sich gegen die sonst in das Grundstück stattfindende missio; nicht etwa kann er sich mit Leistung des wirklichen Werthes desselben, wenn dieser weniger betragen sollte, abfinden. Auf nicht mehr, aber auch nicht weniger als hundert ist hier das Grundstück richterlich zu schätzen.[99]) Andererseits ist aber wohl zu beachten, daß wenn der belastete Erbe das Grundstück behalten will, also erklärt hundert zahlen zu wollen, der Fideicommissar nicht etwa auf die Verfolgung dieses persönlichen Anspruches beschränkt ist; nur die wirkliche Zahlung der vollen Summe schließt die in rem missio aus. Es ist dies namentlich von großer praktischer Bedeutung im Falle der Insolvenz des Belasteten, bei welcher sonst dem Fideicommissar leicht das ihm Hinterlassene hätte entgehen können.[100]) Hat nun der Erbe das Grundstück verkauft,[101]) so soll dadurch die Stellung des Fideicommissars weder verbessert noch verschlechtert werden. Wenn er mithin vom Erben nicht durch Zahlung der hundert befriedigt wird, so kann er gegen den Käufer das Fideicommiß verfolgen, d. h. die

99) Was der arbiter hier soll, ist nicht recht einleuchtend, da es sich doch um Feststellung des Werthes des Grundstückes oder des Fideicommisses im vorliegenden Falle eigentlich nicht handelt.

100) Dies würde insbesondere zutreffen, wenn einem Legatar das Fideicommiß auferlegt ist, in welchem Falle dem Bedachten das beneficium separationis nicht zustand.

101) Ganz abwegig ist die Auffassung Seufferts S. 35 Anm. 28, welcher in der Veräußerung des Grundstückes durch den Belasteten eine Ausübung des demselben zuständigen Wahlrechtes findet.

in rem missio in betreff des von ihm besessenen Grundstückes verlangen. Ist letzterer jedoch zur Zahlung von hundert bereit, so wird vom Prätor die fundi persecutio inhibirt d. h. die beantragte Einweisung in denselben dem Fideicommissar nicht gewährt, so daß sich das Verhältniß ebenso gestaltet, wie wenn die Veräußerung nicht stattgefunden hätte.

Wir sehen, der Bekanntschaft des Käufers mit dem Fideicommiß wird hier gar keine Erwähnung gethan, und es würde sich nur fragen, ob dieselbe von dem Juristen als selbstverständlich vorausgesetzt werde. Daß eine solche Annahme nahe liege, wird niemand behaupten. Es wäre doch gewiß auffallend, daß African ein so wesentliches Moment dem Leser überlassen sollte hinzuzudenken. Und an sich läßt sich doch auch nicht die Vermuthung rechtfertigen, daß der Käufer der Sache regelmäßig Kenntniß davon haben werde, daß sie Gegenstand eines Fideicommisses sei. Auch in die übrigen gleich zu erörternden Entscheidungen der Quellen, welche von der Verfolgung des Fideicommisses gegen den dritten Erwerber handeln, läßt sich nicht die Voraussetzung einer dem letzteren innewohnenden Kenntniß von dem Fideicommiß hineintragen. Daß die Nichtberücksichtigung der Unkenntniß des Erwerbers sich auch innerlich rechtfertigen läßt, ist bereits früher bemerkt worden. Es mochte hier angemessener erscheinen, den Erwerber auf den Regreß gegen seinen Auctor zu verweisen, als dem Fideicommissar die Sache selbst vorzuenthalten und lediglich gegen den Belasteten die Verfolgung des Fideicommisses, also nur die Durchführung eines persönlichen Anspruches gegen den Belasteten zu gewähren, und so bei Insolvenz des letzteren lieber den Erwerber der Sache, als den Fideicommissar den Schaden tragen zu lassen.[102])

102) Daß damit Paul. sent. l. c. in Widerspruch steht, kann

Entscheidend für die Frage, ob der Fideicommissar die vermachte Sache von dem Erwerber in Anspruch nehmen könne oder nicht, ist, abgesehen von dem Falle der iusta ignorantia des Belasteten und des Erwerbers, immer der Umstand, ob die Veräußerung der Sache als eine objektiv gerechtfertigte erscheint. Auch sonst freilich wird Eigenthum durch die Veräußerung übertragen, aber der Eigenthumserwerb hält nicht stand gegenüber dem Fideicommissar, der seinen Anspruch gegen jeden Besitzer der Sache verfolgen kann.[103]) Es kommt in dieser Hinsicht das Fideicommiß dem praktischen Erfolge nach mit dem Vindicationslegat überein: wo die Vindication gegen den Erwerber der legirten Sache ausgeschlossen ist, da kann auch die in rem missio nicht stattfinden.

So zunächst, wenn wegen Erbschaftsschulden der Concurs über das Vermögen des Erben eröffnet wird und die Fideicommißsache mit verkauft wird.[104]) Ganz anders,

nicht in Abrede gestellt werden. Unbegründet erscheint aber die Annahme Seufferts, daß man ursprünglich Kenntniß von der Fideicommißqualität auf Seiten des Erwerbers gefordert, in späterer Entwickelung aber diese Voraussetzung der in rem missio aufgegeben habe. Denn die Stellen, welche auf die ignorantia des Erwerbers keine Rücksicht nehmen, gehören gerade Juristen an, die vor Paulus schrieben.

103) Vgl. l. 37 pr. D. de leg. III.: — quaesitum, an iure fundum alii vendere possit. l. 38 pr. eod.: — quaesiit, an emptores bene emerint; — recte contractum. l. 89 §. 7 eod. II.: — emptor quaerit, an retractari haec venditio possit. l. 11 C. de fideic. 6, 42: — auctoritas contractus convelli nequaquam potest.

104) l. 114 §. 14 D. de leg. I. — si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur.

wenn wegen eigener Schulden des Erben die bonorum venditio stattfindet. Dann kann der Fideicommissar, obwohl nicht vom Belasteten, sondern von den Gläubigern desselben die Sache verkauft ist, und wenn der Käufer auch von dem Fideicommiß nichts wußte, doch die Sache von letzterem herausverlangen.

l. 69 §. 1 D. de leg. II. Praedium quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emptor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem eius non habiturus quod exter heres praestare cogeretur. (Papin. l. 19. Quaest.)

Daß hier der Käufer das Fideicommißgut bis zum Tode des Erben soll behalten können, ist eine Ausnahme, welche durch die Natur des Familienfideicommisses gerechtfertigt wird.

Ferner kann das Fideicommiß gegen den Erwerber nicht verfolgt werden, wenn der Pfandgläubiger in Ausübung des ihm bereits vom Erblasser eingeräumten Pfandrechtes die vermachte Sache verkauft hat.

l. 78 §. 4 D. de leg. II. Papin. l. IX. Respons. — Si creditor ab eo qui testamentum fecit domum acceptam iure pignoris vendidit, contra emptorem fideicommissi causa, tametsi voluntatem defuncti non ignoravit, nihil decernetur.

Interessant ist diese Stelle namentlich insofern, als der Fall überhaupt zu einer Anfrage Anlaß bietet. Man sollte doch meinen, daß, wenn der Gläubiger die ihm bereits vom Erblasser verpfändete Sache verkauft, hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit des Verkaufes gar kein Zweifel auftauchen könnte. Konnte doch unmöglich durch die vom Verpfänder selbst getroffene Anordnung eines Fideicommisses das Pfandrecht in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt

werden; und würde doch selbst beim Vindicationslegat der Vermächtnißnehmer gegen den Käufer kein Recht haben. Aber eben der Umstand, daß es sich hier um ein Fideicommiß handelt, welches auch gegen den Dritten, zumal wenn er in Kenntniß desselben die Sache erworben hat, regelmäßig, obwohl er Eigenthümer ist, mittelst in rem missio verfolgt werden kann, machte den Anfragenden bedenklich. Papinian hat sicher de iure aperto respondirt, wenn er erklärt, daß der Prätor dem Fideicommissar gegen den dritten Besitzer der Sache die in rem missio hier nicht gewähren könne, und derselbe somit auf die Durchführung seines persönlichen Anspruches gegen den Erben beschränkt sei. Daß diesem Anspruche nicht präjudicirt werden sollte, liegt auf der Hand,[105]) und möglicherweise hatte der Jurist in seinem Responsum den Fideicommissar zugleich darauf hingewiesen.

Anders wieder, wenn der belastete Erbe selbst erst die Fideicommißsache verpfändet hatte. Ebenso wenig wie der Pfandgläubiger selbst, wird der Käufer der verpfändeten Sache gegen die in rem missio geschützt, auch wenn er von dem Fideicommiß nichts wußte. Doch kann dieselbe hier, wenn die Verpfändung für Erbschaftsschulden, und ebenso wenn der Verkauf der vermachten Sache durch den Erben behufs Bezahlung solcher stattfand, auch versagt werden. Davon handelt l. 38 pr. D. de leg. III.:

> Scaevola l. 19. Digest. — Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex iustis nuptiis et ceteris cognatis fideicommiserat; filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris a priore in sequentem creditorem pignoris

105) Vgl. l. 6 §. 1 C. de fideic. 6, 42.

hypothecaeve nomine transtulit: quaesitum est, an pignus recte contractum esset. Respondit, secundum ea quae proponerentur recte contractum. Idem quaesiit, cum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emptores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint. Respondi, secundum ea quae proponerentur recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset.

Der Thatbestand beider zur Sprache kommenden Fälle sowohl, wie ihre Entscheidung macht keine Schwierigkeit. Es handelt sich um ein fideicommissum familiae relictum, bei welchem im Falle der Veräußerung des Fideicommißgutes an Fremde die Familienglieder auf das Fideicommiß Anspruch haben. Daß hier noch der Testator wie gewöhnlich ein Veräußerungsverbot hinzugefügt hat, ist von keiner juristischen Bedeutung.[106]) Die Entscheidung findet mithin auf jedes Fideicommmiß Anwendung. An sich findet die persecutio fideicommissi auch gegen den Erbschaftsgläubiger statt, welchem der Erbe die Sache verpfändet hatte. Hier war aber das Grundstück schon vom Erblasser verpfändet und das Pfandrecht ist von dem alten Gläubiger auf den neuen, der zur Abfindung des ersteren das Geld hergegeben hat, übertragen worden.[107]) Obwohl freilich das alte Pfandrecht untergegangen und ein neues durch den Erben begründet worden ist,[108]) so hat sich doch die bisherige Sachlage dem Fideicommissar gegenüber materiell nicht geändert und letzterer kann daher das Fideicommiß

106) Darüber vgl. Seuffert S. 19 fg. 25 fg.

107) So auch in l. 89 §. 4 D. de leg. II. (S. 624).

108) Ueber diesen Fall der sog. hypothekarischen Succession vgl. Dernburg, Pfandrecht II. S. 502. Adamkiewicz im Archiv f. civil. Praxis B. 56 S. 18.

ebenso wenig gegen den zweiten, wie gegen den ersten Pfandgläubiger verfolgen.

In dem zweiten Falle unserer Stelle hat der Erbe das Fideicommißgrundstück behufs Abfindung der Erbschaftsgläubiger verkauft und es ergeht die Anfrage, ob der Kauf auch dem Fideicommissar gegenüber volle Rechtswirkung habe, m. a. W. ob dieser das Grundstück von dem Erwerber in Anspruch nehmen oder letzterer es unangefochten behalten könne. Der Bescheid des Juristen macht alles davon abhängig, ob der Verkauf des Grundstückes zum Zwecke der Schuldentilgung nothwendig war oder nicht. Im letzteren Falle, nämlich wenn noch andere Befriedigungsobjekte im Nachlaß vorhanden waren, könne sich der Käufer darauf, daß mit dem Erlöse Erbschaftsgläubiger abgefunden sind, nicht berufen, sondern müsse das Grundstück dem Fideicommissar herausgeben, wobei ihm natürlich sein Anspruch auf Schadloshaltung gegen den Erben verbleibt. Nach dem überlieferten Texte hat der Käufer des Grundstückes von dem Fideicommiß keine Kenntniß gehabt. Cujacius[109]) ändert nun den Text durch Einschaltung eines non („emptores qui fideicommissum non ignoraverunt"), was auch von Th. Mommsen in seiner Digestenausgabe gebilligt wird. Indessen das ist eine willkürliche, durch Bezugnahme auf l. 78 §. 4 D. de leg. II. (S. 646) keinesweges gerechtfertigte Conjectur, welche dem Juristen einen Gedanken, der ihm ganz ferne liegt, unterschiebt. Die Anfrage und das Bedenken in betreff der Zulässigkeit der persecutio fideicommissi gegen den Käufer wird dadurch veranlaßt, daß 1) der Verkauf behufs Tilgung von Erbschaftsschulden stattgefunden hatte und 2) der Käufer von dem Fideicommiß nichts wußte. Auf diesen letzteren Umstand

109) Im comm. ad tit. de leg. III. und ad tit. de leg. II. in l. 89 §. 7.

wird nun von Scävola in dem Responsum gar kein Gewicht gelegt, vielmehr ist für ihn das entscheidende Moment dies, ob der Verkauf unter den obwaltenden Verhältnissen ein nothwendiger war, wobei es auf das Wissen oder Nichtwissen des Erwerbers nicht weiter ankommen kann. Es handelt sich hier übrigens immer nur, wie nochmals hervorgehoben werden mag, um die Verfolgung des Fideicommisses gegen den Erwerber. Der persönliche Anspruch des Fideicommissars gegen den Erben hinsichtlich des Kaufpreises wird durch die Versagung der in rem missio nicht berührt, vorausgesetzt natürlich, daß der nach Befriedigung der Erbschaftsgläubiger übrig bleibende Bestand des Nachlasses zur Entrichtung des Fideicommisses ausreicht.[110])

In nahem Zusammenhange mit den bisher erörterten Fragen steht l. 11 §. 1 D. ut in poss. leg. 36, 4.[111])

Hermogenianus l. IV. iur. epitom. — Si rei servandae causa in possessionem missus esset proprius creditor heredis et rei per fideicommissum mihi relictae (possessionem) adeptus fuerit, nihil me per eum laedi convenit, non magis quam si ab ipso herede eam rem pignori accepisset.

Auch diese Stelle muß in ihrem ursprünglichen Sinne

110) So wenn der Verkauf des Grundstückes erfolgen mußte, weil augenblicklich keine verfügbaren Mittel zur Befriedigung der auf Zahlung dringenden Gläubiger vorhanden waren, später aber solche eingehen; oder auch wenn nur ein Theil des Kaufpreises zur Tilgung der Schulden verbraucht wurde. In unserer Stelle scheint allerdings vorausgesetzt zu sein, daß das Fideicommiß wegen Unzulänglichkeit der Erbmasse hinfällig geworden ist.

111) Das von Schulting zu dieser Stelle angeführte Werk von Finestres in Hermog. iur. epit. II. p. 799 sqq. war mir nicht zugänglich.

auf die in rem missio bezogen werden.[112]) An die gewöhnliche missio legator. servandor. causa zu denken, verbietet einmal der Umstand, daß diese doch in die bona hereditaria und nicht in einzelne Sachen erfolgt, und sodann der in l. 5 §. 4 eod.[113]) ausgesprochene Grundsatz. Daß durch die dem eigenen Gläubiger des Erben in das gesammte Vermögen desselben also auch in die bona hereditaria ertheilte missio rei servandae causa[114]) der dem Vermächtnißnehmer bei nicht geleisteter Caution zustehende Anspruch auf Einweisung in die letzteren nicht geschmälert werden dürfe, konnte der Jurist doch nicht so ausdrücken, wie es in der Stelle geschieht. Ferner wäre es mindestens auffallend, daß hier sowohl wie im princ. der Stelle gerade von einer res per fideicommissum relicta die Rede ist. Und endlich was sollte am Schlusse der Vergleich mit dem Falle einer Verpfändung durch den Erben? Dadurch, daß hier die Verpfändung gerade der dem Fideicommissar hinterlassenen, nicht irgend einer Erbschaftssache herangezogen wird, ist die Vermuthung nahe gelegt, daß der Jurist unsere einzig dem Fideicommissar zustehende in rem missio im Sinne hatte. Unter dieser Voraussetzung gewinnt die Stelle erst ihr volles Verständniß. Der Gläubiger des Erben hat infolge der ihm ertheilten missio in bona rei servandae causa auch den Besitz der dem Fideicommissar hinterlassenen Erbschaftssache erlangt. Dadurch soll das Recht des letzteren nicht beeinträchtigt werden. Er kann vielmehr seinen Anspruch aus dem Fideicommiß auch gegen diesen Gläubiger verfolgen und die Herausgabe der

112) Wie auch das princ. der Stelle, s. S. 634.
113) Postquam rei servandae creditores possidere coeperunt, legatorum servandorum gratia missus in possessionem creditoribus potior non habebitur.
114) Ueber diese s. Keller, Civilproz. §. 78. 84.

Sache verlangen, ebenso wie wenn letzterer sie vom Erben als Pfand erhalten hätte.

Schließlich wäre noch hinzuzufügen, daß — worüber bereits früher gehandelt worden ist — ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Fideicommissars zur Veräußerung der vermachten Sache die persecutio fideicommissi mittelst in rem missio gegen den Erwerber ausschließt.[115])

Dies wäre das im Einzelnen immerhin noch sehr problematische Ergebniß der Quellen hinsichtlich der bei Fideicommissen stattfindenden in rem missio. Bei einem Rechtsinstitut, das in der praktischen Anwendung bei den römischen Juristen selbst Zweifel und Controversen veranlaßte, müßten wir, selbst wenn das Quellenmaterial ein ergiebigeres wäre, doch darauf verzichten, eine bestimmte Antwort auf viele Fragen, die sich uns aufdrängen, zu erhalten. So ist es auch möglich, wenngleich nicht wahrscheinlich, daß der Anspruch des Fideicommissars gegen denjenigen, welcher in Unkenntniß des Fideicommisses die Sache erworben hatte, auf den Fall der Insolvenz des Belasteten beschränkt war.[116]) Möglich ferner, daß man bei einer iusta igno-

115) l. 120 §. 1 D. de leg. I. l. 11 C. de fideic. 6, 42. l. 34 §. 2 D. de leg. II. (S. 370). l. 92 pr. eod. I. (S. 366.) vgl. l. 89 §. 4 eod. II. (S. 624).

116) Dies war schon die Meinung des Cujacius expos. Nov. 39, dem viele Neuere gefolgt sind. Seuffert S. 35. 82 vermuthet, daß „in der späteren Entwicklung auf die Unkenntniß des Erwerbers (s. oben Anm. 102) im Falle der Insolvenz des Belasteten keine Rücksicht mehr genommen wurde," während umgekehrt Ihering a. a. O. S. 514 Anm. 147, welcher an dem Erforderniß der beiderseitigen mala fides für die in rem missio festhält, anzunehmen geneigt ist, daß die „ursprüngliche" Voraussetzung der Insolvenz „im Verlaufe der späteren

rantia sowohl auf Seiten des Belasteten als auch des Erwerbers zwischen onerosem und lucrativem Erwerb (durch Schenkung oder Vermächtniß) unterschied und im letzteren Falle die persecutio fideicommissi einzig gegen den Erwerber gestattete.[117]) Vor Allem aber fragt es sich, ob der Erwerber der in rem missio gegenüber sich auf die Ersitzung der Sache berufen konnte.

Das scheint auf den ersten Blick eine ganz müßige, ja sogar verkehrte Frage zu sein. Denn ist die Sache durch den Erben veräußert, so hat ja der Erwerber Eigenthum erlangt; von Ersitzung der eigenen Sache aber kann nicht die Rede sein. Andererseits hatte man die Sache von einem Dritten erworben, so stand freilich der Ersitzung nichts entgegen; aber wenn der Fideicommissar mit der in rem missio gegen denjenigen, welcher schon durch den Erwerb der Sache Eigenthümer geworden war, durchdrang (abgesehen von dem Erwerbe in beiderseitiger Unkenntniß des Fideicommisses), so wäre es sonderbar gewesen, die Verfolgung des Fideicommisses gegen denjenigen zu versagen, der erst durch Ersitzung das Eigenthum erworben hatte. Indessen bei schärferem Hinsehen erweist sich dieser Einwurf als nicht stichhaltig. Daraus, daß niemand seine eigene Sache ersitzen kann, und daß das Eigenthum die in rem missio nicht ausschließt, würde doch noch nicht folgen,

Entwickelung" aufgegeben sei. Auf l. 109 §. 1 D. de leg. I. (S. 642) wird man sich nicht berufen können; eher noch auf die Analogie der utilis actio in l. 94 §. 1 eod. cfr. l. 28 pr. D. si qu. om. ca. 29, 4. l. 62 D. de leg. II. l. 4 eod. III. (vgl. Arndts in dem Comment. Th. 47. S. 203, welcher l. 94 §. 1 cit. übersehen hat.) Kein sicheres Argument kann aus der Wendung in Nov. 39 praef. (Anm. 62) „ex inopia" = „ἐξ ἀποϱίας" entnommen werden, s. Seuffert S. 36 Anm. 28.

117) Vgl. oben S. 386. Anm. 62.

daß der Fideicommissar die Sache auch von dem Eigenthümer in Anspruch nehmen konnte, welcher als bona fide Erwerber sie die Ersitzungszeit hindurch im Besitz gehabt hatte; dies um so weniger, als die in rem missio ja überhaupt nur unter bestimmten Voraussetzungen (causa cognita) ertheilt wurde. Mit dem ersten Einwande wird aber auch der zweite hinfällig. Auch würde es sich andererseits wohl rechtfertigen lassen, wenn man in dem Falle einer durch den Erben in Kenntniß des Fideicommisses erfolgten Veräußerung die Verfolgung desselben gegen den gutgläubigen Erwerber ohne Rücksicht auf die Dauer des Besitzes zugestand, während sonst der Erwerber durch die Usucapion der Sache gegen die in rem missio geschützt war.

Eine freilich sehr versteckte Bestätigung dieser Annahme könnte man vielleicht in l. 36 D. de usufr. leg. 33, 2[118]) finden. Es handelt sich da um folgenden Fall. Der Nießbrauch eines Grundstückes ist dem Stichus legirt, und für den Fall der Beendigung desselben (durch Tod oder capitis diminutio) dem Erben das Fideicommiß auferlegt, dieses Grundstück dem Titius zu geben. Stichus hat dann das Grundstück seinen Enkeln vermacht, denen es von seinen Erben (die es wohl für dem Stichus gehörig hielten) herausgegeben ist. „Quaesitum est, cum nepotes legatarii ignoraverint condicionem fundi suprascripti priore testamento datam et plus quam tempore statuto [biennio] possederint, an eum fundum sibi adquisierint." Scävola bejaht diese Frage.[119]) Die zweite Frage ergeht dahin, ob die Legatare, wenn ihnen das Grundstück in irgend welchem Falle wieder entzogen werden könnte,

118) Scaevola l. 25. Digestor.

119) „Respondit, secundum ea quae proponerentur legatarios sibi adquisiisse."

einen Anspruch gegen die Erben des Stichus hätten.[120]) Mag die Anfrage noch so incorrect sein, so kann bei ihr doch nicht an den Fall gedacht sein,[121]) daß es etwa den Legataren an der bona fides fehlte oder die Ersitzungsfrist noch nicht abgelaufen war; denn dies würde ja dem vorhin angegebenen Thatbestand direkt widersprechen. Vielmehr kann der Anfragende nur zweierlei im Sinne gehabt haben: nämlich 1) wie, wenn trotz des Vorhandenseins der erwähnten Voraussetzungen in der Person der Legatare eine Ersitzung nicht stattgefunden hätte und der erstere Erbe ihnen mit der rei vindicatio das Grundstück abstreitet? 2) wie, wenn sie trotz der Vollendung der Ersitzung das Grundstück wieder herausgeben müßten? Dies letztere wäre doch aber nur denkbar im Falle einer in integrum restitutio des Erben des ersten Testators, dem etwa der Tod des Stichus unbekannt geblieben war, oder einer dem Fideicommissar Titius ertheilten in rem missio. Die Antwort auf die zweite Frage lautet nun: supra quidem de adquisitione responsum: verum si ex alia causa adquisitio cessasset, videri Stichum, si post mortem eorum quibus proprietas legata esset (sc. Titii) testamentum fecisset, potius quod habere se crederet, quam quod onerare heredes vellet, legasse.[122]) Wenn ein in seinen Responsen so knapper Jurist, wie Scävola, es für nöthig befindet, den früheren Bescheid hinsichtlich des Erwerbes des

120) „Idem quaesiit, si aliquo casu legatariis aufferri possit, an repetitionem ab heredibus Stichi eius nepotes habere possint.“

121) Wie die Glosse und Cujacius annehmen.

122) Der Schluß der (übrigens von Arndts in dem Comment. Th. 46. §. 1518 c. bei der Erörterung des Vermächtnisses einer fremden Sache, wie es scheint, übersehenen) Stelle interessirt uns hier nicht weiter.

Grundstückes nochmals hervorzuheben, so wird dies nicht ohne Bedeutung sein. Die Wiederholung des Responsum kann sich aber nur auf den in der Anfrage hypothetisch gesetzten Fall „si aliquo casu auferri possit“ beziehen. Es ist damit von dem Juristen ausgesprochen, daß dem Legatar das Grundstück nicht genommen werden könne, also daß der durch die Ersitzung herbeigeführte Erwerb ein definitiver sei.[123]) Dem gegenüber muß der zweite Theil des Responsum („si ex alia causa adquisitio cessasset“) von dem Falle verstanden werden, wenn eine Ersitzung des Grundstückes wegen Mangels ihrer Voraussetzungen — also mala fides der Legatare oder zu kurze Dauer des Besitzes — nicht stattgefunden hätte. Damit würde zugleich indirekt entschieden sein, daß durch die Ersitzung der fideicommissarisch hinterlassenen Sache die in rem missio ausgeschlossen wird.

Jedoch man wird dieser Auslegung vielleicht den Vorwurf machen, daß sie in die Stelle etwas hineindeutelt, wovon gar nicht die Rede ist.[124]) Und es muß zugestan-

123) Dadurch erhält auch das erste Responsum „sibi adquisiisse“ sein volles Licht. Daß dem Anfragenden ein Zweifel an dem Erwerbe des Legatars kommt, mag erklärlich sein; auffallender aber wäre es, daß Scävola, wenn bloß hinsichtlich der Möglichkeit der Usucapion und nicht hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit des Erwerbes die Frage gestellt wäre, jenes Bedenken nicht mit einem einfachen „nihil proponi, cur non . .“ (vgl. die mit unserer Stelle in nahem Zusammenhange stehende l. 3 D. pro dote 41, 9 cfr. l. 14 pro empt. 41, 4) abwiese.

124) Man könnte wohl auch geltend machen, daß vom Juristen vorausgesetzt werde, der Fideicommissar Titius habe den Nießbrauchslegatar Stichus nicht überlebt. Jedoch findet sich dies Moment in dem Thatbestande des Falles nicht angegeben.

den werden, daß das fragliche Ergebniß ein durchaus unsicheres ist. Mehr Gewicht ist den inneren Gründen für die Annahme, daß nach vollendeter Ersitzung die in rem missio nicht stattfinden könne, beizumessen. Es wäre doch befremdlich, wenn hinsichtlich der in der Hand des Dritten befindlichen Sache das Fideicommiß eine stärkere Wirksamkeit als das Vindicationslegat ausgeübt hätte, so daß, während dem Legatar die rei vindicatio wegen der Ersitzung der Sache nicht mehr zustand, der Fideicommissar mit der in rem missio hätte durchdringen können. Aber allerdings macht sich gegen die Versagung dieses Rechtsmittels wieder das Bedenken geltend, daß bei einem erst später fällig werdenden Fideicommiß dem Bedachten leicht die Verfolgung seines Rechtes hätte vereitelt werden können, wenn der in der Zwischenzeit vollendeten Ersitzung ihm gegenüber volle Wirksamkeit zuerkannt wäre.

Daß auch beim Universalfideicommiß eine in rem missio in die einzelnen Sachen stattfand, kann keinem Zweifel unterliegen und wird durch die schon mehrfach erörterte l. 89 §. 7 D. de leg. II. bestätigt. Sie griff auch hier unter denselben Voraussetzungen gegen den dritten Besitzer platz, welcher Erbschaftssachen vom Fiduciar erworben hatte. War die Veräußerung vor der Restitution der Erbschaft erfolgt, so konnte der Fideicommissar nur durch dieses Rechtsmittel sich die Nachlaßsache verschaffen. Denn das Eigenthum der res hereditariae erlangte der Fideicommissar durch die Restitutionserklärung des Fiduciars[125]) ja nur dann, wenn dieselben in diesem Zeitpunkte selbst noch im Eigenthume des letzteren standen. Aber auch wenn dies der Fall war und die Nachlaßsache sich nur im fremden Besitze befand, konnte der Fideicommissar

125) l. 38 pr. l. 65 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1.

der in rem missio nicht entrathen. Sie war das wirksamere, zweckentsprechendere und schneller zum Ziele führende Rechtsmittel, da er den Beweis des Eigenthumes des Erblassers, der ihm bei der Vindication der Erbschaftssache obgelegen hätte, hier nicht zu führen hatte.[126]) Uebrigens muß noch besonders hervorgehoben werden, daß hier die in rem missio nicht etwa die bereits erfolgte Restitution der Erbschaft voraussetzte, sondern daß sie schon beantragt werden konnte, sobald durch den Spruch in der gegen den Fiduciar stattfindenden petitio fideicommissi das Fideicommiß als begründet anerkannt und die Herausgabe der Erbschaft dem Beklagten anbefohlen war.

Der dem Fideicommissar gewährte quasi-dingliche Rechtsschutz durch in rem missio war bis auf Justinian von um so größerer praktischer Bedeutung,[127]) als in der späteren Zeit Vermächtnisse mit Vorliebe in der Gestalt

126) Wobei noch zu beachten ist, daß, wenn der Fiduciar die Sache etwa vermiethet oder verliehen u. dgl. hatte, die betr. Contractsklage durch die Restitution der Erbschaft auf den Fideicommissar nicht übergeht und auch die Cession derselben nicht erzwungen werden kann.

127) Insbesondere war bei den sog. Familienfideicommissen die in rem missio unentbehrlich, um die Absicht des Erblassers vollständig zur Ausführung zu bringen. (Vgl. l. 69 §. 1. 3 D. de leg. II. l. 38 pr. eod. III. u. Seuffert S. 22 fg.) Es ergiebt sich daraus zugleich, wie ungegründet die Auffassung Keller's, Pandekt. §. 561 ist, nach welchem dies Fideicommiß „stets innerhalb der Schranken einer persönlichen Verpflichtung stehen blieb und sich niemals zur Dinglichkeit durchzubilden vermochte", . . „auf diejenige Garantie beschränkt blieb, welche persönliche Verpflichtungen zu gewähren vermögen, und allen den Gefahren ausgesetzt war, welche die Persönlichkeit überhaupt und besonders in ihren ökonomischen Beziehungen treffen können."

von Fideicommissen angeordnet wurden. Dazu kommt noch, daß eine annähernde Ausgleichung beider Vermächtnißarten insofern eintrat, als man geneigt war, im einzelnen Falle ein Legat auch als Fideicommiß zu behandeln, wenn nicht die vom Testator gebrauchte solenne Legatsformel dem entschieden entgegenstand.[128]) Die reformirende Constitution Justinians (l. 1 C. comm. de leg. 6, 43) war also praktisch keineswegs von so einschneidender Bedeutung, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte. Es ist freilich nicht mit Sicherheit zu ermitteln, was der Kaiser mit dem unklaren Schwulst der Einleitung zu seiner Verordnung eigentlich hat ausdrücken wollen. Jedoch wird vielleicht der ihm vorschwebende Gedanke durch folgende Paraphrase annähernd wiedergegeben werden: Die Vermächtnißnehmer haben meistentheils eine persönliche Klage und zwar regelmäßig bloß eine solche. Nur für bestimmte Legatsformen werde dem Vermächtnißnehmer ein dinglicher Rechtsschutz zu theil. Diese durch die Verschiedenheit der Form der Anordnung bedingte Verschiedenheit der Rechtswirkung der Vermächtnisse sei aber eine der neueren Anschauung nicht mehr entsprechende Subtilität, wie ja auch schon die spätere Zeit die ursprünglichen solennen Legatsformeln als einen überflüssigen Formalismus mit Recht verworfen habe.[129]) Allerdings könne man bei Fideicommissen mittelst der in rem missio sich die vermachte Sache von dem dritten Besitzer verschaffen, aber diese sei ein unklares und

128) Vgl. oben S. 44 und Schirmer Erbrecht I. S. 117. 120 fg. Arndts in dem Comment. Th. 46 S. 53 fg.

129) Der Satz: „quam (sc. subtilitatem) posteritas optimis rationibus usu nec facile suscepit nec inextricabiles circuitus laudavit“ enthält einen deutlichen Hinweis auf die Constitution des Constantinus v. J. 339 in l. 21 C. de legat. 6, 37.

seinem Erfolge nach zweifelhaftes, zu Weiterungen und manchen Verwickelungen führendes Rechtsmittel. Daher erscheine es am angemessensten, diese in rem missio völlig zu beseitigen und alle Vermächtnißnehmer (Legatare und Fideicommissare) in der Weise einander gleichzustellen, daß sie fortan nicht bloß die persönliche, sondern auch eine dingliche Klage haben, mit der sie die ihnen vermachte Erbschaftssache von jedem Besitzer in Anspruch nehmen können.

Wir sehen, gerade die beim Fideicommiß stattfindende in rem missio, die selbst wieder in der praktischen Handhabung manche Bedenken und Streitfragen veranlaßte, bestimmte Justinian dazu,[130]) den Vermächtnissen überhaupt, ohne Unterschied der thatsächlich auch nicht mehr beobachteten Legatsformen, die in rem actio zu gewähren und damit die Unklarheit hinsichtlich der Rechtswirkung des Vermächtnisses zu beseitigen, welche beim Verschwinden der solennen Formeln und der so auch ganz unsicher werdenden Grenze zwischen legatum und fideicommissum leicht eintreten mußte.

III. Es erhebt sich noch die Frage, ob dem Legatar,

130) Auch daß der Fideicommissar die vermachte Erbschaftssache vom Dritten selbst in Anspruch nehmen konnte und so einen wirksameren Rechtsschutz genoß, als (abgesehen vom Vindicationslegat) der Legatar, der auf die persönliche Klage gegen den Erben beschränkt war, daß somit auch die in nicht bestätigten und Intestatcodicillen, gleichviel in welcher Form, errichteten Vermächtnisse (vgl. Anm. 68) hinsichtlich des Rechtsschutzes vor den im Testament angeordneten Legaten bevorzugt waren: alles dies mußte Justinian als ein „tenebrosissimus error“ erscheinen, wodurch die Beseitigung der in rem missio, die Aufhebung des Unterschiedes der Legatsformen und die Ausgleichung der Legate und Fideicommisse in Bezug auf den Rechtsschutz geboten war.

welcher den Besitz der vermachten Sache noch nicht erlangt hatte, die actio Publiciana zustehe. Bekanntlich besteht darüber eine Meinungsverschiedenheit, ob Besitzerwerb überhaupt allemal eine nothwendige Voraussetzung dieser Klage sei. Die herrschende Meinung erklärt sich dagegen; nur dann und insofern der Eigenthumsübergang durch Besitzerwerb vermittelt wird, müsse man an letzterem als Erforderniß der act. Publiciana festhalten.[131]) Jedoch wird von Einigen die Beschränkung hinzugefügt, daß wenigstens der Auctor des Erwerbers im Besitze der Sache gewesen sein müsse.[132]) Es fehlt jedoch auch nicht an älteren wie neueren Rechtslehrern, welche diese ganze Auffassung als eine quellenwidrige und mit den allgemeinen Rechtsprinzipien unvereinbare und dazu noch zu den bedenklichsten praktischen Consequenzen führende Irrlehre verwerfen und nur einzelne Ausnahmen singulärer Natur von dem Grundsatze, daß ohne vorgängigen Besitz die Publiciana nicht stattfindet, anerkennen.[133]) Auf die Controverse selbst näher einzu-

131) Glück in den Comment. Th. 8 S. 328 fg. 333. 354. Von den Neueren Puchta Pand. §. 173 Anm. d. Arndts Pand. §. 170 Anm. und besonders entschieden Windscheid Pand. I. §. 299. Nr. 2. Huschke Publicianische Klage S. 50 fg. Brinz Pand. I. S. 718.

132) So Vangerow Pand. I. §. 335 Anm. II. 1. a. Schmid Handb. d. gemeinen R. I. S. 361 fordert in der Person des Auctors „prätorisches Eigenthum“ d. h. publicianischen Besitz, indem er Anm. 22 sich darauf beruft, daß der Erwerber niemals von dem Auctor andere oder ausgedehntere Rechte ableiten könne, als die, welche jenem selbst zustanden.

133) Die ältere Literatur bei Glück a. a. O. S. 329 Anm. 58. Schweppe röm. Privatr. II. §. 277. (S. 149), namentlich aber Keller Pand. §. 156 Anm. 2. 3. und Dernburg Pand. I. §. 228 Anm. 7; Schirmer in

gehen, ist hier nicht der Ort.[134]) Da jedoch gerade im Falle des Vermächtnisses jene Meinungsverschiedenheit von hervorragender praktischer Wichtigkeit ist, so können wir die aufgeworfene Frage nicht unbeantwortet lassen.

Die Quellen geben uns keine direkte Antwort, obwohl man eine solche gewöhnlich in l. 1 §. 2 D. de Publ. 6, 2 [135]) finden will. Aber Ulpian will hier, wie

d. Kritischen Vierteljahrsschr. Bd. 18. S. 347 fg. Auch Sintenis Civilrecht I. §. 53 Nr. II, der gerade aber für (Universal- und) Singularfideicommisse, unter Voraussetzung eigenen Besitzes des Testators, eine Ausnahme anerkennt, welche die Vorgenannten verwerfen.

134) Die letztere Auffassung scheint mir allerdings die richtige zu sein. Was die fraglichen Ausnahmefälle anbetrifft, so können l. 15 und l. 9 §. 6 D. de Publ. 6, 2 kein Bedenken erregen. Hier ist die gekaufte Sache dem Sklaven tradirt worden, wenngleich durch die Tradition der Herr nicht den juristischen Besitz erlangt hatte; es würde auch die gewöhnliche Formel der act. Publiciana in dem Falle der ersteren Stelle passen. — In l. 15 cit. vgl. l. 54 §. 4 D. de A. R. D. 41, 1 vertritt übrigens Pomponius die von anderen Juristen (l. 1 §. 14. l. 50 §. 1 D. de A. P. 41, 2. l. 25 §. 2 D. de lib. causa 40,12) abweichende Meinung, daß durch den servus fugitivus kein Besitz erworben werden könne. Zu denken ist hier wie dort an Besitzerwerb ex peculiari causa. Setzen wir den Fall, daß der Verkäufer Eigenthümer gewesen, dann würde auch nach Pomponius (trotz l. 21 pr. D. de A. R. D. 41, 1) der Herr Eigenthum erworben haben. — Mehr Schwierigkeit macht l. 11 §. 2 D. de Publ. 6, 2, wo aber nicht vorauszusetzen ist, daß die Sklavin das Kind bei einem Dritten oder auf der Flucht geboren hatte; wahrscheinlich handelt es sich hier nur um einen Fall, in welchem eine Aenderung der proponirten Formula erforderlich war, s. Lenel palingen. II. p. 513 n. 2.

135) Ulp. Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis

Lenel[136]) nachgewiesen hat, keineswegs etwa sagen, daß es beim Vindicationslegat und in den anderen Fällen, wo Eigenthum unmittelbar ohne Tradition übergeht, des Besitzerwerbes auch zur Publiciana nicht bedürfe: sondern der ganze Satz bezieht sich, wie schon der Zusammenhang mit dem vorangehenden §. 1 lehrt, auf die Ediktsworte „nondum usucaptum" und es ist in ihm nur ausgesprochen, daß der Erwerber nicht bloß dann, wenn die Usucapion vollendet ist, sondern auch wenn er später auf andere Weise z. B. durch Legat (mancipatio, in iure cessio) das dominium (ex iure Quiritium) erworben hat, der Publiciana nicht mehr bedürfe. Die Compilatoren haben nun freilich den Sinn der Stelle durch Anfügung der l. 2[137]) geändert. Aber auch so enthält sie nicht den Satz, den man aus ihr hat herauslesen wollen; sie würde vielmehr nur aussprechen, daß es nicht immer der Tradition, also der Besitzeinräumung zum Zwecke und in der Absicht der Eigenthumsübertragung bedürfe, um die Publiciana zu ver-

fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes quibus dominium quis nancisceretur, ut puta legatum? Th. Mommsen will hinter traditionis einschieben „ex causa emptionis." Aber es wird ja erst von l. 3 §. 1 an von der iusta causa traditionis gehandelt; die Frage wäre also an unrichtiger Stelle, auch wenn das von Ulpian mitgetheilte Edikt die Clausel „bona fide emit" enthalten hätte. Daß für jenen Zusatz in der Compilation kein Platz ist, liegt auf der Hand; denn in dem Wortlaut des Edikts, wie ihn l. 1 pr. überliefert, ist ja von einer emptio nicht die Rede.

136) Beiträge zur Kunde d. prätor. Edikts. 1878 S. 36 fg. Ihm schließt sich Dernburg an.

137) Paul. — vel mortis causa donationes factae: nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.

schaffen, sondern daß dieselbe in gewissen Erwerbsfällen, wo das Eigenthum ohne Tradition übergeht, natürlich auch ohne eine solche, aber immer Besitzerlangung vorausgesetzt, zuständig sei.

Findet die entgegengesetzte Meinung in den Quellen keine Stütze, so erweist sie sich als völlig unhaltbar, wenn man zusieht, wie sich nach ihr in folgerechter Durchführung das Verhältniß im einzelnen Falle gestalten würde. Danach würde nämlich, wenn der Erblasser eine im fremden Besitze befindliche und, wie er weiß, ihm selbst nicht gehörige Sache — nach klassischem Recht in Form des Vindicationslegates — vermacht, der Legatar, welcher den Erblasser für berechtigt hält, mit der act. Publiciana dem dritten Besitzer, falls diesem der Beweis seines Eigenthumes oder eines rechtmäßigen Erwerbsgrundes nicht gelingt, die Sache abnehmen können. Das wäre doch aber offenbar ein Resultat, welches man, selbst unter Voraussetzung eines unrechtmäßigen und unredlichen Erwerbes des Dritten, als irrationell bezeichnen müßte.[138])

Müssen wir demnach dabei bleiben, daß Besitzerlangung grundsätzlich ein Erforderniß der act. Publiciana auch des Legatars ist, so läßt sich doch andererseits nicht verkennen, daß jenes Erforderniß, wenn man an ihm unbedingt und überall festhalten müßte, leicht Unzuträglichkeiten im Gefolge haben könnte. Es würde ja dann der auf die rei vindicatio gegen den dritten Besitzer angewiesene Vermächtnißnehmer stets genöthigt sein — selbst wenn je-

138) Vgl. Dernburg a. a. O. Diese Consequenz wird wohl auch kaum von Windscheid a. a. O. Anm. 9 und Huschke a. a. O. S. 52 bei Anm. 101 acceptirt werden, obwohl beide sich mit aller Entschiedenheit gegen die Meinung, daß wenigstens der Auctor im Besitze gewesen sein müsse (s. Anm. 132), erklären.

ner ein malae fidei possessor ist —, den Beweis des Eigenthumes des Erblassers zu führen, wodurch die Aussicht, die vermachte Sache zu erlangen, in vielen Fällen erheblich beeinträchtigt werden würde. Erscheint dies nun auch als ganz unbedenklich, wenn der Erblasser die Sache selbst gar nicht besessen und vielleicht sogar gewußt hatte, daß sie ihm nicht gehörte, so wird man doch zweifeln können, ob das gleiche auch im Falle des eigenen Besitzes des Erblassers stets angemessen sei und der ratio legis wirklich entspreche. Hatte der Erblasser den Besitz der Sache auf Grund eines rechtmäßigen Titels in redlichem Glauben erworben, so würde doch, mochte der Besitzverlust bei Lebzeiten desselben oder nach seinem Tode eingetreten sein, dem Erben die act. Publiciana zustehen; und nun sollte der Legatar gegen den dritten unrechtmäßigen Besitzer kein Klagerecht haben?[139]) Man wird einwenden, daß er ja

139) Das gilt im klassischen Rechte auch in dem Falle, wenn der Erblasser bloß bonitarischer Eigenthümer — sei es utroque tempore, sei es nur zur Zeit der Testamentserrichtung — war. Als Vindicationslegat war das Vermächtniß iure civili inutile, d. h. es übertrug kein quiritisches Eigenthum und der Legatar konnte daher die Sache weder vom Erben noch vom dritten Besitzer vindiciren, was ja auch, wenn sie dem Erblasser mortis tempore überhaupt nicht gehörte, selbstverständlich ist. Sollte nun damit auch der Uebergang des bonitarischen Eigenthumes auf den Legatar, was von besonderer Wichtigkeit war, wo die Sache sich im Besitze eines Dritten befand, ausgeschlossen sein? Die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses als Damnationslegat nach dem SC. Neronianum würde dagegen kein Argument gewähren. Und wie, wenn die im bonitarischen Eigenthum stehende Sache oder wenn in einem non legitimum iudicium die gemeinschaftliche Sache einem der Miteigenthümer adjudicirt wurde? Sollte auch hier ohne Besitzerlangung die act. Publiciana nicht zuständig gewesen sein?

durch die persönliche Klage gegen den belasteten Erben auf Erfüllung des Vermächtnisses hinreichend gesichert ist. Aber da der Erblasser die Sache als eine ihm gehörige vermacht hatte, so würde der Legatar vom Erben doch auch nur Cession der diesem zuständigen Klage, also der act. Publiciana erlangen können. Und ferner würde der Legatar, welcher den Erblasser für berechtigt hielt, leicht dem Risiko ausgesetzt sein, zunächst mit der rei vindicatio gegen den Dritten durchzufallen.[140]) Das wäre doch in der That mindestens ein wunderlicher Umweg, durch den das Vermächtniß leicht illusorisch gemacht und die Erlangung der Sache vereitelt werden könnte. Und nun setze man den Fall, daß der Dritte die vermachte Sache vom Erben selbst in Kenntniß des Vermächtnisses erworben hatte. Versagt man dem Legatar die Publiciana, so gäbe es für ihn überhaupt kein Rechtsmittel,[141]) mit welchem er den Vermächtnißgegenstand erlangen könnte, und er hätte, wenn der Erbe insolvent wäre, das Nachsehen. Und dies, während der Vermächtnißnehmer hier im vorjustinianischem Recht beim Fideicommiß mittelst in rem missio die vermachte Sache sich verschaffen konnte?

So wird man denn nicht umhin können, wenn der Erblasser publicianisches Recht besaß, auch dem Legatar,

140) Ja, nach klassischem Recht wäre der Legatar, wenn die vermachte Sache als eine dem Erblasser gehörige galt, sogar allemal genöthigt gewesen, dieses Risiko zu übernehmen, da er sich zunächst an den Besitzer der Sache zu halten hatte und den Erben ex SC. Neroniano nur dann in Anspruch nehmen konnte, wenn es sich herausgestellt, daß das Vermächtniß als Vindicationslegat ungültig war.

141) Abgesehen von der hier sehr zweifelhaften actio hypothecaria, worüber im folgenden §. 1528. a. (S. 671).

welcher den Besitz der Sache noch nicht erlangt hatte, die act. Publiciana einzuräumen,[142]) gleichviel ob schon bei Lebzeiten des Erblassers oder nach seinem Tode, ob vor oder nach dem Erwerbe des Vermächtnisses die Sache in fremden Besitz gekommen ist. Es würde dies auch vollkommen dem der Klage zu Grunde liegenden Gedanken entsprechen, daß „der redliche titulirte Erwerber, auch wenn er nicht Eigenthümer wird, dennoch ein dingliches Recht von relativer Kraft bezüglich der Sache hat.“[143]) Geht nun dieses auf den Legatar über, so wird man consequent weiter sagen müssen, daß es hier auf die eigene bona fides desselben hinsichtlich der Publiciana nicht ankommen kann. Allerdings könnte er bei mangelnder bona fides die erlangte Sache nicht ersitzen. Aber darauf kann hier, wo der Kläger den Besitz selbst noch gar nicht gehabt hatte, kein Gewicht gelegt werden. Wird doch auch sonst durch den späteren Eintritt der mala fides die Publiciana nicht ausgeschlossen, obwohl doch nunmehr der Kläger die wiedererlangte Sache nicht ersitzen könnte.[144]) Dazu kommt

142) So auch Arndts in dem Comment. Th. 46 S. 179; vgl. Schmid a. a. O. (Anm. 132).

143) Dernburg Pand. I. §. 228 bei Anm. 2.

144) l. 15 §. 2 D. de usurp. 41, 3. l. 7 §. 4 D. pro empt. 41, 4. Wenn nach römischem Recht, trotzdem daß die Ersitzung für den Kläger infolge seiner mala fides ausgeschlossen ist, doch die Publiciana ihm verbleibt, so ergiebt sich daraus zur Genüge, daß auch nach heutigem Recht Fortdauer der bona fides, obwohl dieselbe jetzt ein Erforderniß der Ersitzung ist, für die Klage nicht verlangt werden kann. Die mala fides superveniens ist im Falle des Besitzverlustes, mit welchem doch erst die Voraussetzung der act. Publiciana gegeben ist, nach römischem Recht ebenso ein Hinderniß der Ersitzung, wie nach canonischem Recht; mithin kann der

noch, daß die eigene mala fides des Legatars unerheblich wäre, wenn er mit der ihm vom Erben cedirten Publiciana klagte; und auf Cession derselben könnte er doch nach der Meinung derjenigen, welche dem Legatar die Klage hinsichtlich der nie in seinen Besitz gekommenen Sache versagen, den Erben immer in Anspruch nehmen. Anders verhält es sich natürlich, wenn der Legatar, nachdem er den Besitz erlangt und wieder verloren hat, die act. Publiciana gegen den Besitzer der vermachten Sache erhebt. Hier macht er das in seiner Person begründete publicianische Recht geltend; es müssen somit auch alle Voraussetzungen desselben, also vornehmlich der redliche Glaube zur Zeit des Besitzerwerbes vorhanden sein, während es nichts ausmacht, wenn dieselben in der Person des Erblassers fehlten.[145])

Schluß „weil nach letzterem mala fides superveniens die Ersitzung überhaupt verhindert, so muß sie auch die Publiciana ausschließen" nicht als bündig bezeichnet werden. Vgl. übrigens gegen das Erforderniß der Fortdauer der bona fides Glück a. a. O. S. 340 fg. 347. Vangerow I. §. 335. Anm. II. 1. d. Dernburg I. §. 228. Nr. 3. Brinz Pand. I. S. 721. Huschke a. a. O. S. 70, welche aber den hier hervorgehobenen Gesichtspunkt unbeachtet lassen.

145) Es möchte vielleicht befremdlich erscheinen, daß der Legatar durch die Besitzergreifung insofern in eine ungünstigere Lage geräth, als nunmehr seine eigene bona fides in Betracht kommt, während es vorher einzig darauf ankam, ob der Erblasser publicianischer Besitzer war. Indessen widersinnig ist dies keineswegs. Würde doch hier auch von einer Cession der dem Erben zustehenden Publiciana nicht die Rede sein können. (Beiläufig verhält es sich beim Kauf nicht anders. Wer vom redlichen Erwerber wissentlich eine fremde im Besitze eines Dritten befindliche Sache kauft, könnte trotz seiner mala fides mit der ihm cedirten Publiciana sich den Besitz verschaf-

§. 1528. a.

Die actio hypothecaria des Vermächtnißnehmers. Das Veräußerungsverbot hinsichtlich der vermachten Sache.

I. In derselben Constitution, welche allen Vermächtnißnehmern ohne Unterschied, sofern nur eine dem Erblasser

sen; ersitzen könnte er sie nicht und ebenso wenig würde ihm die Publiciana zustehen, nachdem er den Besitz erlangt hat.) Ferner wäre noch daran zu erinnern, daß der Erbe die vom Erblasser begonnene Ersitzung der den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Sache, falls sie in seinem Besitze bleibt, vollendet (vgl. S. 492) und die Ersitzung so auch dem Legatar zu statten kommt, welcher wußte, daß sie dem Erblasser nicht gehörte, während der Legatar, wenn die Sache ihm früher herausgegeben würde, sie nicht ersitzen könnte; es würde sich also, wenn letzterer trotz seiner mala fides die Sache erwerben will, nur darum handeln, daß er die Annahme des Vermächtnisses verzögerte und den Erben bis zum Ablauf der Usucapionsfrist im Besitze ließe. Bei dieser Gelegenheit muß übrigens Einspruch gegen den von Huschke a. a. O. S. 66 aufgestellten Satz erhoben werden, daß bei der usucapio pro legato die bona fides (auch? oder nur?) zur Zeit der Annahme des Vermächtnisses vorhanden sein müsse. Es kommt vielmehr einzig auf den Zeitpunkt der Besitzerlangung an, so daß für den Legatar, wenn er jetzt etwa irrthümlich die Ersitzungszeit für abgelaufen hielte, die Usucapion beginnt, bei welcher noch accessio possessionis stattfindet. Die entgegengesetzte Auffassung übersieht, daß die Zeit der Annahme doch rein von der Willkür des Legatars abhängt. Anders verhält es sich natürlich beim wissentlichen Kauf einer fremden Sache, bei welchem jener irrige Glaube im Augenblicke der Tradition dem Käufer nicht

gehörige Sache den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, mit Aufhebung der in rem missio eine dingliche Klage giebt, gewährte ihnen Justinian zugleich zur größeren Sicherung, insbesondere den Gläubigern des Erben gegenüber, die act. hypothecaria hinsichtlich alles dessen, was der Beschwerte aus dem Nachlasse erhalten hatte.[1]) Ueber dieses gesetzliche Pfandrecht ist bereits an einer früheren Stelle des Commentars[2]) ausführlich gehandelt worden. Es darf daher nur insoweit, als jene Darstellung einer Ergänzung oder Berichtigung bedürftig erscheint, hier auf dasselbe nochmals eingegangen werden.

Der Gesetzgeber hat bei der Verleihung der act. hypothecaria zunächst wohl an den Fall gedacht, wenn den Gegenstand des Vermächtnisses nicht eine Nachlaßsache bildet, sondern wenn es auf eine anderweitige Leistung, wie die Verschaffung einer fremden Sache und namentlich die Leistung einer Quantität oder Schuldsumme gerichtet ist, da hier der Anspruch des Vermächtnißnehmers weniger gesichert war. Jedoch ist auch im ersteren Falle die act. hypothecaria natürlich nicht ausgeschlossen, da ja mit der

die Ersitzung ermöglichen und die Publiciana gewähren würde. Jedoch das beim Kauf geltende Erforderniß der bona fides utroque tempore darf nicht auf andere Erwerbsakte übertragen werden.

1) l. 1 §. 1 C. comm. de leg. 6, 43: Rectius esse censemus . . . insuper utilem Servianam (i. e. hypothecariam) super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare. §. 4. Et haec disponimus . . et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur; — hypothecariam extendere actionem in rebus quas a testatore consecutus est.

2) Glück Th. 19 S. 165 fg. Eine neuere Bearbeitung bei Dernburg Pfandrecht. I. §. 40.

dinglichen Wirkung des Vermächtnisses eine persönliche Verpflichtung des Belasteten sich verbindet, welche allein übrig bleibt bezw. in den Vordergrund tritt, wenn mit der in rem actio das Vermächtniß nicht realisirt werden kann, wie bei dem verschuldeten Untergange und der Verbringung oder der gerechtfertigten Veräußerung der vermachten Sache.

Was zunächst den Gegenstand der act. hypothecaria anbetrifft, so hat man früher lebhaft darüber gestritten, ob sie auch auf die vermachte Sache selbst gerichtet werden könne.[3]) Die herrschende Meinung ist stets dagegen gewesen, weil 1) der Legatar schon Eigenthümer der ihm vermachten Erbschaftssache sei und niemand an seiner eigenen Sache ein Pfandrecht haben könne, und weil auch 2) — wenn man die dem Vermächtnißnehmer zustehende Forderung und persönliche Klage auf den Vermächtnißgegenstand ins Auge faßt — dem Gläubiger nicht die ihm geschuldete Sache selbst verpfändet sein könne.[4]) Mag nun auch die Begründung nicht einwandsfrei sein,[5]) so wird

3) Eingehend erörtert wird diese Controverse von Harpprecht comment. ad Instit. II. 20 §. 2 nr. 19—24, bei welchem man zugleich die ältere Literatur zusammengestellt findet.

4) Vgl. außer Harpprecht und die von ihm Citirten Donellus comm. ad Cod. tit. VI, 43 in l. 1 nr. 12. Bachovius ad Treutler. vol. II. disp. 13. th. 7. lit. E. Wissenbach comm. ad Cod. l. c. Vinnius comm. ad Instit. II. 20 §. 2 nr. 4. Brunnemann comm. ad Cod. l. c. Lauterbach coll. theor. pract. ad l. 30-32 Dig. §. 45. Dagegen u. A. Perez comm. ad Cod. l. c. Giphanius explan. diff. leg. Cod. ad l. c.

5) Im betreff des fraglichen Pfandrechts an eigener Sache vgl. Dernburg Pand. I. §. 292. Nr. 3. Weniger stich-

man doch dieser Meinung beipflichten können. Indessen schärfer betrachtet, ist die Frage überhaupt eine ganz müßige. Denn nur an den eigenen Sachen des Erblassers wird ein Pfandrecht begründet; gehört aber die vermachte Sache zum Nachlaß, so kann der Legatar sie ja vindiciren und bedarf einer act. hypothecaria nicht, da der Fall undenkbar ist, daß nach dem Erwerbe des Vermächtnisses an der Sache Pfandrechte entstünden, die der Vindication des Legatars gegenüber wirksam wären. War der Erblasser aber nur redlicher Besitzer der vermachten Sache, so würde dem Legatar die act. Publiciana zustehen.[6])

Ferner hat der Legatar auch kein Pfandrecht an den einem Dritten vermachten Sachen. Dies ist eigentlich selbstverständlich, da doch dem einen Vermächtnißnehmer die ihm zugewendete Sache unmöglich zu Gunsten des anderen wie-

haltig ist das zweite Argument. Der Verpfändung der geschuldeten Sache an den Gläubiger steht nicht allein begrifflich nichts entgegen, sondern sie ist auch von praktischer Bedeutung; man denke nur an den Fall, daß die in fremder Hand befindliche Sache verkauft wird, oder daß der Kauf unter einer Bedingung geschlossen wird, oder daß die Tradition aus irgend welchem Grunde nicht sofort erfolgen kann.

6) Vgl. S. 664 fg. Diejenigen, welche die act. Publiciana dem Vermächtnißnehmer, der nicht selbst den Besitz erlangt hat, versagen, werden nothgedrungen ihm ein Pfandrecht an der vermachten Sache einräumen müssen, welches mit publicianischer act. hypothecaria gegen den dritten Besitzer geltend zu machen wäre. Sonst käme er leicht um den Vermächtnißgegenstand. Theilt man die Auffassung, daß der dingliche Rechtserwerb beim Vermächtniß einer Erbschaftssache auch ausgeschlossen werden könne (Arndts in dem Comment. Th. 46 S. 80; dagegen Brinz Pand. III. §. 426 Anm. 7.), so wird man erst recht eine act. hypothecaria hinsichtlich der vermachten Sache anerkennen müssen.

der entzogen werden kann; auch folgt es schon daraus, daß jene vermachte Sache nicht zu den res gehört „quas a testatore heres consecutus est.“ Anders natürlich, wenn der Dritte das Vermächtniß nicht annimmt. Ist dasselbe unter einer Bedingung oder Befristung hinterlassen, so könnte das entstandene Pfandrecht einstweilen nicht realisirt werden und es schwindet mit dem Erwerbe des Vermächtnisses.

Das Pfandrecht ergreift endlich nur das, was dem Belasteten aus dem Vermögen des Erblassers zugekommen ist. Wenn daher nur einem von mehreren Erben das Vermächtniß auferlegt ist, so kann auch bloß die diesem zugefallene Quote des erblasserischen Vermögens der Pfandhaftung unterliegen. Sind alle Erben belastet, so ist bekanntlich regelmäßig auch die Vermächtnißforderung getheilt d. h. der Vermächtnißnehmer hat gegen jeden Erben eine selbständige Forderung auf eine Quote des Vermächtnißgegenstandes; und so ist jede dieser verschiedenen Forderungen durch ein selbständiges Pfandrecht an den Vermögensstücken gesichert, welche der betreffende Onerirte vom Erblasser her empfangen hat.[7]) Es wird daher auch, wenn der allein beschwerte Erbe oder einer von den beschwerten Miterben das Vermächtniß nicht erfüllt oder insolvent wird oder den ihm zugefallenen Erbtheil verliert, der Vermächtnißnehmer sich nicht mit der act. hypothecaria an die Erbtheile der übrigen Erben halten können, da hier ja auch eine Forderung und persönliche Klage gegen die letzteren

7) l. 1 §. 5 C. cit. In tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso rerum, sed tantumodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.

nicht stattfindet.[8]) Man hat hierin allgemein schon seit der Glosse eine Besonderheit des gesetzlichen Pfandrechtes des Vermächtnißnehmers, nämlich eine hier festgesetzte Ausnahme von dem sonst herrschenden Grundsatze der Untheilbarkeit des Pfandrechtes finden wollen.[9]) Offenbar aber

8) l. 33 pr. D. de legat. II.

9) Daß die Erbgüter eines Jeden nur für seinen Antheil an der Vermächtnißschuld haften, ist von jeher die herrschende Meinung gewesen. Nur ganz vereinzelt haben sich Einige dagegen erklärt und behauptet, daß jeder der Onerirten mit seinen Erbgütern in solidum für die ganze Vermächtnißforderung hafte. Ihnen hat sich Glück a. a. O. S. 176 fg. angeschlossen, der mit großer Lebhaftigkeit die gemeine Meinung als einen „gemeinen Irrthum" verwirft. Gegen ihn s. aber schon Löhr im Archiv f. civ. Prax. B. 5. S. 213 fg. Ein Hauptargument für die entgegengesetzte Auffassung, die übrigens heutzutage schon fast als verschollen anzusehen ist, hat man in dem Umstande finden wollen, daß Justinian das gesetzliche Pfandrecht, wie er selbst erkläre (l. 1 §. 2 C. cit.) nach dem Vorbilde der vom Erblasser selber zur Sicherung der Vermächtnisse letztwillig begründeten Hypothek eingeführt habe, und daß es demnach „mit ihr auch von gleicher Natur und Wirkung sein müsse." Dies Argument ist gewiß nicht zwingend. Allerdings wird bei einer testamentarisch an dem Nachlaß bestellten Hypothek alles, was die Erben vom Erblasser empfangen haben, — bezw. wenn eine einzelne Sache verpfändet ist, diese — in solidum für die Vermächtnißschuld eines jeden haften, falls der Erblasser nichts anderes bestimmt hat; aber doch aus keinem anderen Grunde, als weil dies eben der Wille desselben gewesen ist. (Wie ja auch, wenn Mehrere zusammen einen — obwohl nicht correalen — Schuldvertrag eingehen und eine gemeinschaftliche Sache verpfänden, diese für den Schuldantheil eines jeden verhaftet sein würde.) Wie kann man denn dies im Widerspruch mit der ausdrück-

hat die Beschränkung der pfandrechtlichen Haftung der dem Belasteten zugekommenen Erbgüter auf den ihn treffenden Theil der Vermächtnißschuld mit jenem Grundsatze gar nichts zu schaffen.[10])

Nun bleibt dabei aber noch ein Punkt zu erledigen. Nicht bloß gegen den Pfandschuldner selbst, sondern gegen jeden, der das Pfandobjekt in Händen hat, findet doch die act. hypothecaria statt. Also kann der Vermächtnißnehmer sein Pfandrecht nicht bloß gegen den Belasteten, welcher das Vermächtniß nicht erfüllt, sondern auch gegen die

lichen Festsetzung in l. 1 §. 5 C. cit. auf das gesetzliche Pfandrecht lediglich wegen der Motivirung desselben in l. 1 §. 2 C. cit. übertragen wollen! Ist es schon überhaupt bedenklich, aus den Motiven Inhalt und Umfang eines Gesetzes zu bestimmen, und trifft dies bei Justinians phrasenhaften Motivirungen bekanntlich noch in erhöhtem Maße zu, so darf man doch nicht übersehen, daß in der angeführten Stelle davon gar nicht die Rede ist, daß die gesetzliche Hypothek des Vermächtnißnehmers nach dem „Vorbild" oder „Muster" der testamentarischen eingeführt werde. Scheint letztere doch überhaupt keineswegesso gebräuchlich gewesen zu sein, wie wir aus ihrem ganz vereinzelten Vorkommen in den Quellen beim Alimenten- und Rentenvermächtniß (vgl. Dernburg Pfandrecht I. S. 283 fg.) schließen dürfen.

10) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 332. Das hat man wohl auch schon früher erkannt; so bemerkt Donellus l. c.: obligatio ab heredibus incipit et propterea ab his incipit hypotheca, cuius consequens est, non nova aut singulari ratione iuris sed communi, ut in id quod singuli heredes debent non possint obligatae esse nisi res quae sunt singulorum. S. ferner Lauterbach de tacito pignore §. 31 (Dissert. academ. vol. III. p. 397): hoc pignus non tam est hereditarium, quam rebus hereditariis primum et quidem singulis heredum portionibus pro rata debiti a lege impositum.

Miterben, die im Besitze der letzterem zugefallenen Antheile an Erbgütern sich befinden, geltend machen. Setzen wir den Fall, daß von den drei Erben A. B. C. einzig A. mit einem Vermächtniß von 300 an X. beschwert ist, so würde doch jede der drei Erbschaftssachen d. f. g. zu $^1/_3$ für die Forderung von 300 verpfändet sein. Wäre das Vermächtniß allen Erben auferlegt, so würden die Sachen d. f. g. jede zu $^1/_3$ für die Vermächtnißschuld eines jeden der Erben im Betrage von 100 haften, so daß, wenn etwa A. das Vermächtniß entrichtete, jede Sache zu $^1/_3$ von dem Pfandrechte befreit würde. Wie nun aber wenn es zur Theilung der Erbschaft kommt und etwa A. auf seinen Erbtheil die Sache d, B. die Sache f, C. die Sache g erhält? Werden dann im ersten Falle die Sachen f. g. von dem Pfandrecht befreit und kann der Vermächtnißnehmer fortan einzig A. in solidum mit der act. hypothecaria hinsichtlich der Sache d. in Anspruch nehmen, — oder haftet ihm nach wie vor jede Sache zu $^1/_3$ für seine Forderung von 300? Und im zweiten Falle, würde nunmehr jede Sache ausschließlich für die Vermächtnißschuld desjenigen, dem sie zugefallen ist, und zwar ganz haften?

Diese praktisch wichtige Frage läßt sich kaum mit völliger Sicherheit entscheiden. Dafür daß die bei der Erbtheilung an die anderen Erben gelangten Erbschaftssachen von dem Pfandrecht befreit bezw. von der Haftung für die fremde Vermächtnißschuld befreit werden,[11]) könnte man sich zunächst darauf berufen, daß die act. hypothecaria nur platzgreifen soll hinsichtlich der „res quas a testatore heres consecutus est — quae a testatore ad eum pervenerint“, und daß doch von einem solchen consequi und per-

11) Dafür tritt entschieden ein Codex Fabrianus lib. VI. tit. 23. def. 7. 8.

venire nur dann die Rede sein könne, wenn die betreffenden Sachen bei der Erbtheilung dem Belasteten wirklich verblieben sind. Auch ließe sich für diese Annahme geltend machen — was vornehmlich im zweiten der vorhin hervorgehobenen Fälle zutreffen würde — daß es dem Vermächtnißnehmer gleichgültig sein könne, ob ihm für seine Forderung (bezw. die gesammte Forderung) jede Sache zu einer Quote oder eine (bezw. für die einzelnen Theilforderungen je eine) Sache in solidum hafte. Indessen dagegen erhebt sich zunächst das prinzipielle Bedenken, daß das einmal dem Vermächtnißnehmer erworbene Pfandrecht durch die spätere Erbtheilung nicht genommen oder verändert werden kann. Auch kann dem Vermächtnißnehmer das Pfandrecht an einer Quote aller Nachlaßsachen unter Umständen eine weit größere Sicherheit gewähren, als die solidarische Haftung bloß einer. So wenn dieselben einen ganz verschiedenen Werth haben. Setzen wir nur in unserem ersten Beispiel den Fall, daß die dem beschwerten Erben A. zuertheilte Sache d. bloß 100 werth ist. Wie leicht könnte da durch die Vertheilung der Nachlaßsachen der Vermächtnißnehmer gefährdet werden, namentlich wenn die Theilung ohne Mitwirkung des Gerichtes erfolgt! Und selbst bei der richterlichen Erbtheilung würde der Vermächtnißnehmer in seinem guten Rechte beeinträchtigt werden, wenn man annehmen wollte, daß die dem einen Miterben zugesprochene Sache aus der Pfandhaftung für die Vermächtnißschuld des anderen heraussträte und daß erst durch sie die Objekte des die Forderung gegen die einzelnen Erben sichernden Pfandrechtes bestimmt würden. Man könnte vielleicht dagegen einwenden, daß unsere Legathypothek ein generelles Pfandrecht sei, also an der dem belasteten Erben zugefallenen Quote des Nachlasses bestehe, daß aber der Werth dieser Quote durch eine Vertheilung der einzelnen Nachlaßsachen, auch wenn sie selbst

von ungleichem Werthe sind, nicht geändert werde, indem doch der Belastete an Stelle der dem Miterben adjudicirten Sache andere Vermögensobjekte auf seinen Erbtheil erhalte. Jedoch wenn auch immerhin die Erbtheile vollständig ausgeglichen werden mögen, so ist damit für die Sicherheit des Vermächtnißnehmers noch keinesweges völlig gesorgt. Denn es liegt auf der Hand, daß nicht alle Gegenstände ein gleich sicheres und bequemes Pfandobjekt für ihn sind, daß das Pfandrecht an dem einen leichter und wirksamer, als das an den anderen realisirt werden könnte. Man nehme nur den Fall, daß von den beiden Miterben A. allein, oder auch A. und B., mit einem Geldvermächtniß beschwert sind, und daß bei der Erbtheilung das zum Nachlaß gehörige Grundstück dem B., das Baarkapital dem A. zugesprochen wird, indem ihn vielleicht noch für den Rest seines Erbtheiles B. durch eine Zahlung abfinden soll. Würde nun der Vermächtnißnehmer an dem Grundstück überhaupt kein Pfandrecht oder wenigstens nicht für seine ganze Forderung behalten, so wäre es doch mit seiner Sicherung übel bestellt, wenn etwa der A. mit dem auf seinen Erbtheil empfangenen Gelde seine Schulden bezahlte oder Sachen anschaffte, welche ja vom Pfandnexus selbst nicht ergriffen werden.

So kommen wir denn zu dem Ergebniß, daß durch die nachfolgende Erbtheilung das einmal begründete Pfandrecht nicht berührt wird. Anders verhielte es sich, wenn der Erblasser selbst eine bestimmte Vertheilung der Nachlaßobjekte angeordnet, oder die Erben auf bestimmte Vermögensstücke (certae res) eingesetzt hatte. Daß hier das Pfandrecht nur die den einzelnen Erben zugewiesenen Gegenstände ergreift und diese nur für die eigene Vermächtnißschuld der Erben haften, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Die vom Erben veräußerten Nachlaßobjekte bleiben nach allgemeiner Regel dem Pfandrecht unterworfen. Je-

doch kann sie der Vermächtnißnehmer mit der act. hypothecaria dann nicht in Anspruch nehmen, wenn ihr Verkauf behufs Befriedigung von Erbschaftsgläubigern nothwendig war, da ja diese den Vermächtnißnehmern schlechthin vorgehen. Jedoch wird über diesen Punkt besser in einem anderen Zusammenhange gehandelt werden. Nur darauf wäre hier noch hinzuweisen, daß, wenn ein Nachlaßgegenstand bereits vom Erblasser einem Dritten geschuldet war, er durch Leistung seitens des Erben aus dem Pfandverhältniß heraustritt.

Bestritten ist der Anfang unseres gesetzlichen Pfandrechtes, indem es die Einen vom Tode des Erblassers oder des dies cedens, die Anderen vom Antritt der Erbschaft an datiren.[12]) Diese Meinungsverschiedenheit ist ohne alle praktische Erheblichkeit, die ganze Frage hat nur ein theoretisches Interesse; denn das ist ohnehin klar, daß die vom Erben an Nachlaßgegenständen schon vor dem Erwerbe der Erbschaft bestellten und durch dieselbe in Kraft tretenden Pfandrechte dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermächtnißnehmers jedenfalls nachstehen müssen. Zweifellos ist für den Beginn des Pfandrechtes der Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung nicht entscheidend; vielmehr fällt die Entstehung des Pfandrechtes mit der Entstehung der Vermächtnißforderung zusammen. In Consequenz der bisher vertretenen Auffassung,[13]) daß die Vermächtnißobligation im Augenblicke des Todes des Erblassers begründet wird, werden wir nun auch die Entstehung des Pfandrechtes in die-

12) S. einerseits Glück a. a. O. S. 170 fg. Vangerow Pand. I. §. 376 Anm. 4. Windscheid Pand. I. §. 244 Nr. 2; andererseits Regelsberger Altersvorzug d. Pfandr. S. 115 fg. Dernburg a. a. O. S. 332 und die von diesen angeführte ältere und neuere Literatur.

13) Oben S. 56 fg. 261 fg.

sen Zeitpunkt verlegen müssen, so daß von da an die Erbgüter dem Vermächtnißnehmer verhaftet sind.[14])

II. Nachdem Justinian durch die in l. 1 C. cit. 6, 43 a. 529 für alle Vermächtnisse von Erbschaftssachen eingeführte in rem actio die Vermächtnißnehmer bereits hinreichend gesichert hatte, fühlte er sich zwei Jahre später veranlaßt, noch die Veräußerung der vermachten Sache dem Belasteten ausdrücklich zu untersagen.[15])

l. 3 §. 2. 3 C. eod. — Sed quia nostra maiestas per multos casus legatariis et fideicommissariis prospexit et actiones tam personales quam in rem et hypothecarias dedimus et in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est, et ad hanc legem pervenimus. Nemo itaque ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt vel quae restitui aliis disposita sunt vel substitutione posita, secundum veterem dispositionem putet esse in posterum alienanda vel pignoris

14) Regelsberger und Dernburg legen entscheidendes Gewicht auf die Motivirung Justinians, daß das gesetzliche Pfandrecht des Vermächtnißnehmers ein vom Erblasser selbst angeordnetes ersetzen oder wie ein solches angesehen werden solle, daß aber das testamentarische Pfandrecht mit dem Erbschaftsantritt beginne. Gegen den ersten wie gegen den zweiten Satz ist Widerspruch zu erheben. (Vgl. Anm. 9). Auch das dem Vermächtnißnehmer zur Sicherung seiner Forderung testamentarisch eingeräumte Pfandrecht scheint vom Zeitpunkt des Todes des Erblassers datirt werden zu müssen. Damit wäre nicht ausgeschlossen, daß das einem Dritten vermachte Pfandrecht nach Analogie eines anderen dinglichen Rechtes mit dem Erbschaftsantritt beginnt.

15) Soweit sich das Veräußerungsverbot auf Universalfideicommisse bezieht, haben wir uns hier mit demselben nicht zu beschäftigen.

vel hypothecae titulo adsignanda vel mancipia manumittenda, sed sciat, quod hoc quod alienum est non ei liceat, utpote sui patrimonii existens, alieno iuri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre vel hypothecae pignorisve nomine obligare vel manumittere et alienam spem decipere. —

Sin autem sub condicione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum, . . melius quidem faciat, et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat.

Natur, Umfang und Wirkung dieses Veräußerungsverbotes ist nicht unbestritten.[16]) So erhebt sich zunächst die Frage nach dem Grunde desselben. Scheint es doch vollkommen überflüssig, dem eine Veräußerung zu untersagen und dessen Veräußerung für nichtig zu erklären, welchem selbst die Sache gar nicht gehört; und daß das Eigenthum der vermachten Nachlaßsache direkt auf den Legatar übergehe, hatte ja der Gesetzgeber schon früher verordnet. So wird es denn wenigstens hinsichtlich der pure vermachten Sache auch allgemein anerkannt, daß Justinian hier nichts Neues bestimmen, sondern nur auf die nothwendigen Consequenzen seiner früheren Verordnung nachdrücklichst hinweisen wollte, wie er ja auch selbst die Rechtsgültigkeit der Veräußerung für widersinnig erklärt.[17])

16) Die Hauptschrift hierüber ist die im §. 1528. Anm. 67. genannte sorgfältige Abhandlung von E. A. Seuffert. Vgl. auch noch Schröder z. Lehre von d. gesetzl. Veräußerungsverboten. Heidelb. 1875. S. 73 fg.

17) S. namentlich Arndts im Comment. Th. 46. S. 64 fg. Th. 48. S. 332 fg. Mit Recht macht Brinz Pand. III.

Möglich, daß hinsichtlich der Tragweite jener früheren Verordnung Zweifel hervorgetreten waren, welche nun beseitigt werden sollten. Wenn allen Vermächtnißnehmern neben der personalis eine in rem actio zugestanden war, so mochte man vielleicht deduciren, daß damit noch nicht ein sofortiger Eigenthumsübergang auf den Legatar anerkannt wäre, sondern daß erst mit der Annahme des Vermächtnisses oder gar erst, wenn sich der Legatar für die in rem actio statt der persönlichen Klage entscheide, der Vermächtnißgegenstand für den Belasteten res aliena werde und als solche den Verfügungen desselben entzogen sei.[18]) Man konnte auch nicht ohne Schein sich auf die Analogie der der Frau für ihre Dotalsachen gewährten Vindication berufen, welche nur stattfinden sollte, wenn dieselben bei Trennung der Ehe noch im Vermögen des Ehemannes vorhanden waren.[19]) Gleichviel; das sog. Veräußerungsverbot stand soweit in vollem Einklange mit der durch l. 1 C. cit. eingeführten Neuerung — und widersprach auch nicht der „vetus dispositio“ d. h. dem früher geltenden Rechte, was das Vindicationslegat und das Fideicommiß (in Anbetracht der hier stattfindenden in rem missio) anbetrifft —, so daß die wesentliche Bedeutung der neuen Verordnung in dem von Justinian festgesetzten Ausschluß der Ersitzung und in der besonderen Bestimmung in betreff des Regresses des Käufers des Vermächtnißgegenstandes (§. 3. 4 l. 3 cit.) zu finden ist.

§. 428 Anm. 34. S. 424 auf den „mehr lehrhaften als imperativen Charakter des Gesetzes“ aufmerksam, den Schröder a. a. O. bei seiner völlig abweichenden Aufhebung des Veräußerungsverbotes übersieht.

18) Vgl. oben S. 48 fg.

19) l. 30 C. de J. D. 5, 12 (die Constitution ist gleichfalls i. J. 529 bald nach l. 1 C. cit. erlassen).

Auch hinsichtlich des befristeten Vermächtnisses, sowie des Untervermächtnisses und der fideicommissarischen Substitution hat Justinian keineswegs, wie Seuffert annimmt, etwas Neues verfügt. Was das erstere anbelangt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß einstweilen der Erbe (oder sonstige Beschwerte) Eigenthümer ist. Mit dem Eintritt des dies aber entsteht sofort und unmittelbar das Eigenthum in der Person des Vermächtnißnehmers, indem es nicht vom Erben, sondern vom Erblasser auf ihn übergeht, so daß alle in der Zwischenzeit vom Erben über die vermachte Sache getroffenen Verfügungen hinfällig werden.[20]) Mithin war schon nach dem bisherigen Rechte die veniente die vorgenommene Veräußerung wirkungslos, so daß es eines besonderen Veräußerungsverbotes behufs Sicherung des Vermächtnißnehmers nicht bedurfte. Aus dem Umstande, daß Justinian das legatum pure vel sub certo die relictum zusammenfaßt und eine Veräußerung der vermachten Sache hier als satis absurdum et irrationabile bezeichnet, während er bei dem bedingten Vermächtniß den Beschwerten bloß vor der Veräußerung warnt und erklärt, daß diese erst mit Erfüllung der Bedingung nichtig werde, läßt sich gewiß nicht schließen, daß beim befristeten

20) Vgl. Arndts a. a. O. Th. 48 S. 261 fg. 337 fg. Die Meinung Seufferts a. a. O. S. 48, daß die Zwischenverfügungen deshalb nicht der Rescission hätten unterliegen können, „weil bei einem ex die certo aufhörenden Eigenthum in keiner Weise eine revocatio ex tunc statuirt werden kann" gründet sich auf das „Vorurtheil," daß der unmittelbare Eigenthumsübergang vom Erblasser auf den Legatar hier eine revocatio ex tunc voraussetze. Vgl. dagegen besonders Ihering in seinen Jahrb. f. die Dogmatik. Bd. 10 S. 506 fg. Fitting, Begriff d. Rückziehung S. 106 fg. Es verhält sich hier nicht anders wie beim bedingten Vermächtniß.

Vermächtniß gleichwie beim purum die Veräußerung ante diem sofort nichtig sei. Bei einem Gesetze, welches sich wie das vorliegende in so hohem Grade durch Incorrectheit der Formulirung und unklaren Wortschwall auszeichnet, wird man auf die gebrauchten Worte und auf die logische Gliederung der Gedanken kein großes Gewicht legen können. „Viel wahrscheinlicher ist es, daß Justinians Bestimmung nur ein unklarer Ausdruck des Gedankens ist, daß bei einem befristeten Vermächtniß die Veräußerung sicher nichtig ist, während bei einem bedingten die Nichtigkeit in ungewisser Zukunft steht." [21]) Noch bedenklicher ist die Auffassung, daß beim pure hinterlassenen (im Gegensatz zum bedingten und befristeten) Untervermächtniß dem Honorirten nur eine persönliche, nicht eine in rem actio gegen den Belasteten zustand, letzterer demnach nicht gehindert gewesen wäre, mit voller Rechtswirksamkeit bleibend über den Vermächtnißgegenstand zu verfügen, und daß erst das Veräußerungsverbot hier die Nichtigkeit der Veräußerung zur Folge gehabt hätte. [22]) Da haben wir es mit einer offenbaren petitio principii zu thun; denn es steht doch nichts entgegen, daß das Eigenthum durch den ersten Vermächtnißnehmer sofort auf den zweiten übergeht. [23])

Ist nun nicht das Veräußerungsverbot, sondern das sofort oder mit Eintritt der Bedingung oder des dies ent-

21) So treffend Windscheid Pand. III. §. 648 Anm. 19.

22) Seuffert a. a. O. S. 50 fg. 58.

23) Windscheid a. a. O. Die Unhaltbarkeit der Annahme Seufferts ergiebt sich schon daraus, daß er genöthigt ist, in l. 1 §. 4 C. cit. das fideicommissum a legatario relictum ganz willkürlich als ein befristetes oder bedingtes zu verstehen, ganz zu geschweigen seiner bedenklichen Argumentation aus der „Unstatthaftigkeit eines condominium plurium in solidum." (S. 51).

stehende dingliche Recht des Vermächtnißnehmers der Grund der Unwirksamkeit der Veräußerung (gleichviel ob einer totalen oder partiellen),[24]) so folgt daraus von selbst, daß wenn jenes Recht nicht zur Entstehung gelangt, die Veräußerung als von Anfang an wirksam behandelt werden muß; so wenn die Bedingung des Vermächtnisses ausfällt und so vor Allem, wenn das Vermächtniß abgelehnt wird. Ebenso aber liegt es auf der Hand, daß der Beschwerte in der Zwischenzeit nicht etwa selbst die Veräußerung anfechten kann. War die Sache pure vermacht, schon deshalb nicht, weil er nicht Eigenthümer ist; hat der Beschwerte sie aber vor Eintritt des dies oder der condicio legati veräußert, deshalb nicht, weil die Veräußerung einstweilen wirksam ist, so daß weder die rei vindicatio zuständig ist, noch auch die stattgefundene Rechtsübertragung mittelst condictio wieder aufgehoben werden kann.[25]) Dies gilt auch in dem Falle, wenn der Beschwerte von den ihm auferlegten Vermächtniß anfangs keine Kenntniß hatte, also bona fide veräußerte. Allerdings läßt sich nicht verkennen, daß er hier bei Versagung der Klage, dem Vermächtnißnehmer gegenüber leicht in eine üble Lage gerathen kann, wenn der Erwerber die Sache später verbringt, oder ihren Untergang herbeiführt, indem er nun mit der persönlichen Klage in Anspruch genommen wird. Indessen die gleiche Gefahr hätte er doch auch zu tragen, wenn er erst nach Eintritt

24) Durch Verpfändung, Einräumung einer Servitut u. s. w., Aufgeben eines dinglichen Rechtes; vgl. überhaupt Seuffert a. a. O. §. 10.

25) Für die rei vindicatio erklären sich Seuffert S. 79 und die von ihm Anm. 17 Angeführten, freilich nur beim befristeten Vermächtniß, wobei sie freilich mit der exc. rei venditae et traditae ins Gedränge gerathen. S. dagegen auch Sintenis Civilr. I. §. 38 Anm. 8.

des dies oder der condicio von dem Vermächtniß Kenntniß erlangt, also vorher auch thatsächlich sich gar nicht in der Lage befunden hätte, den veräußerten Vermächtnißgegenstand vom Erwerber in Anspruch zu nehmen. Und würde es sich denn bei einem pure hinterlassenen Vermächtniß, welches dem Beschwerten wie dem Bedachten unbekannt war, anders verhalten?[26]) Außerdem kommt noch in Betracht, daß der Erwerber, wenn er in Kenntniß des Vermächtnisses die Sache vernichtet oder verbracht hat, als ein solcher qui dolo desiit possidere dem Legatar mit der act. ad exhibendum haften würde,[27]) deren Abtretung der Beschwerte, wenn er selbst in Anspruch genommen wird, verlangen könnte.

Was die Objekte des sog. Veräußerungsverbotes anbetrifft, so pflegt man nachdrücklich hervorzuheben daß ihm nur eigene Sachen des Erblassers, nicht fremde unterliegen.[28]) Meint man damit, daß bloß dann, wenn die Sache im Eigenthume des Erblassers stand, die Veräußerung dem Vermächtnißnehmer gegenüber keine Wirkung habe, so erheben sich gegen jenen Satz doch Bedenken. Denn wenn es richtig ist, was wir oben (S. 665 fg.) auszuführen versuchten, daß das publicianische Recht des Erblassers an der von ihm besessenen Sache unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer übergeht, so wird auch durch die Veräußerung dieser im Nachlasse befindlichen Sache der Vermächtnißnehmer sein Recht nicht verlieren können. Er wird also der Regel nach mit der act. Publiciana gegen den Erwerber auch dann durchdringen, wenn dieser selbst redlicher Besitzer ist.[29])

26) Vgl. oben S. 320. 381.
27) Vgl. oben S. 278.
28) Arndts Th. 46 S. 66 fg. Seuffert S. 70 fg.
29) Derselben Ansicht ist Schröder S. 83. Daß der Er=

Nach klassischem Rechte konnte der Vermächtnißnehmer die per vindicationem legirte Sache stets vom Besitzer vindiciren, auch wenn sie bona fide veräußert und bona fide erworben war. Bei Fideicommissen dagegen fand, wie wir gesehen, unter der gleichen Voraussetzung eine in rem missio nicht statt. Da nun Justinian — unter Aufhebung der in rem missio — bei allen Vermächtnissen einer Erbschaftssache eine dingliche Klage gab, so möchte es scheinen, als ob die früher beim Vindicationslegat geltende Regel nunmehr auch auf alle Vermächtnisse Anwendung finden müsse. Daß Justinian in l. 3 §. 2, indem er auf die Ungültigkeit der Veräußerung hinweist, einen von dem Vermächtniß wissenden Beschwerten im Sinne hat, würde dagegen noch keinen Beweis liefern. Mehr Gewicht ist auf l. 89 §. 7 D. de leg. II.[30]) zu legen. Allerdings bezog sich diese Stelle ursprünglich auf die in rem missio bei Fideicommissen, aber die Annahme, daß sie lediglich aus Versehen von den Compilatoren aufgenommen sei, wäre doch eine ganz willkürliche. Vielmehr wird man sagen müssen, daß der hier ausgesprochene Grundsatz für Vermächtnisse überhaupt Anerkennung gefun-

werber den Besitz vor dem Legatar erlangt hat, kann hier nicht entscheidend sein, da dem letzteren schon früher die act. Publiciana zuständig war; aus der bekannten l. 9 §. 4 D. de Publ. 6, 2. l. 31 §. 2 D. de A. E. V. 19, 1 kann somit gegen obige Annahme kein Argument entnommen werden. Mögen übrigens auch für das klassische Recht Zweifel bleiben, so entspricht sie doch durchaus der Verordnung Justinians.

30) — propter iustam ignorantiam tam mulieris quam emptoris heredem mulieris, ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere. Vgl. oben S. 385 fg. 639 fg.

den hat.[31]) Indessen es würde doch höchst gewagt sein, aus der Entscheidung in jener Stelle die allgemeine Regel abzuleiten, daß in jedem Falle einer beiderseitigen bona fides, sowohl auf Seiten des veräußernden Vermächtnißträgers als des Erwerbers, der Vermächtnißnehmer die Sache von dem Dritten nicht herausverlangen könne, sondern auf den persönlichen Anspruch gegen den erstern beschränkt sei.[32]) Es ist bereits früher darauf hingewiesen worden, daß es einen Unterschied machen muß, ob dem Erwerber ein Regreßanspruch gegen seinen Auctor zuständig ist oder nicht, indem nur im ersteren Falle, also regelmäßig nicht beim lucrativen Erwerbe, der Klage gegen den Erwerber ein Bedenken entgegensteht. Ferner handelt die Stelle von einem Universalfideicommiß und es wäre ungerechtfertigt die in ihr enthaltene Entscheidung zu generalisiren, so daß wir in ihr eine gleichmäßig durchgreifende Regel auch für alle Singularvermächtnisse von Erbschaftssachen finden dürften. Vielmehr würde der Entscheidungsgrund, also die ratio legis, nur bei einem solchen Vermächtniß zutreffen, durch welches jemand eben mit der Herausgabe der ihm selbst hinterlassenen Sache beschwert ist.[33]) Im gleichen Falle würde der Erwerber auch nicht

31) So auch Seuffert S. 81.

32) Die bona fides besteht hier in der gerechtfertigten Unkenntniß des Vermächtnisses. Hieher gehört aber nicht bloß der Fall, wenn die Anordnung des Vermächtnisses den Betheiligten unbekannt war, sondern auch wenn das Vermächtniß für ungültig oder später aufgehoben gehalten wurde, ferner wenn man glaubte, daß die hinzugefügte Bedingung ausgefallen oder vom Honorirten nicht mehr erlebt wäre, oder daß letzterer das Vermächtniß abgelehnt hätte u. dgl. m.: immer natürlich Entschuldbarkeit des Irrthums vorausgesetzt.

33) Seuffert S. 82 fg. meint, daß unter Voraussetzung

der act. Publiciana des Legatars unterliegen, wenn die veräußerte Vermächtnißsache nur im Usucapionsbesitze des Erblassers sich befunden hatte.

Nach dem bisherigen Rechte konnte die vermachte Sache

der beiderseitigen bona fides der Vermächtnißnehmer vom Erwerber die Sache nur dann nicht in Anspruch nehmen könne, wenn auf jenen überhaupt Eigenthum übergegangen sei, was einzig in dem Falle stattfinde, wenn eine ex die certo vermachte oder zu einem Universalfideicommiß gehörige Sache veräußert wird. Es ist dies nur eine Consequenz seiner oben S. 683 hervorgehobenen irrigen Grundauffassung; dabei wird aber von ihm noch der Fall des Aftervermächtnisses hier übersehen. — Ferner muß beachtet werden, daß in unserem Falle nicht etwa sofort Eigenthum auf den Erwerber übergeht, sondern daß die Klage des Vermächtnißnehmers gegen ihn versagt oder durch Einrede zurückgewiesen wird, also erfolglos bleibt. — Uebrigens waren hier bei den früheren Juristen die meisten Punkte streitig. So, ob nur bei Universal- oder auch bei Singularvermächtnissen der Vermächtnißnehmer den redlichen Erwerber der Sache nicht in Anspruch nehmen könne; ob auf beiden Seiten eine iusta ignorantia erforderlich sei, oder bloß auf Seiten des Erwerbers oder des Beschwerten; ob nur eine ignorantia quae ex facto testatoris procedit oder jede iusta et probabilis in Betracht komme; ob bloß beim onerosen oder auch beim lucrativen Erwerbe unter den angegebenen Voraussetzungen die Klage gegen den Erwerber cessire. Ferner herrschte darin eine ziemliche Uebereinstimmung, daß nur im Falle der Solvenz des Beschwerten der Vermächtnißnehmer auf die persönliche Klage gegen diesen beschränkt sei, und sodann daß einzig beim bedingten Vermächtniß von dem Ausschlusse der Klage gegen den Erwerber der Sache die Rede sein könne. S. hierüber Fachineus controvers. iur. l. V. c. 28. 29. Berlich decisiones aur. P. II. dec. 265. Brunnemann comment. in Pand. ad l. 89 §. 7 cit.

vom redlichen Erwerber ersessen werden.[34]) Diese Ersitzung hat nun Justinian in l. 3 §. 3 C. cit.[35]) ausgeschlos-

34) Seuffert S. 84 vgl. S. 87 ist der Ansicht, daß bei beweglichen Sachen zur Begründung der Ersitzung auch bona fides des Vermächtnißträgers erforderlich gewesen wäre, weil mala fides desselben die Sache zu einer res furtiva gemacht hätte. Regelmäßig hätte hier also die Ersitzung bloß im Falle der Veräußerung einer bedingt vermachten Sache stattfinden können. Jedoch die Voraussetzung, daß der Vermächtnißträger durch die wissentliche Veräußerung der vermachten Sache allemal ein furtum begehe, auch wenn die Annahme des Vermächtnisses noch nicht erfolgt ist, dürfte keineswegs so sicher sein. (Vgl. auch oben S. 505 fg.) Macht doch dagegen auch schon der Umstand bedenklich, daß die Veräußerung der ex certo die oder sub condicione vermachten Sache keine Furtivität zur Folge haben soll. Ferner bei Veräußerung einer solchen Sache konnte doch immer erst mit Eintritt des dies oder der Bedingung die Ersitzung beginnen. Unhaltbar ist die Behauptung Seufferts, daß wenn die Bedingung nachher eintritt, der Lauf der Ersitzung vom Zeitpunkt des erlangten Besitzes zu rechnen gewesen wäre. Dann hätte ja leicht die Ersitzung schon existente condicione vollendet sein können, während der Vermächtnißnehmer gar nicht im Stande war, sie zu unterbrechen!

35) Sin autem avaritiae cupidine propter spem condicionis minime implendae ad venditionem prosiluerit, sciat, quod condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur . ., ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat. Quod similiter censemus in huiusmodi legatis, quae sive pure sive sub die certo sive sub condicione sive sub incerta die relicta sint: sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare et sibi adsignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.

sen, und hierin liegt die wesentliche von ihm eingeführte Neuerung.[36]) Wo nun aber, wie wir eben gesehen haben, der Vermächtnißnehmer den redlichen Erwerber überhaupt nicht in Anspruch nehmen kann, da kann auch der Ersitzung nichts entgegenstehen. Ja noch weiter, war nur die Veräußerung bona fide[37]) vorgenommen, so wird auch die Ersitzung für den redlichen Erwerber nicht ausgeschlossen. Mithin hat das Ersitzungsverbot einzig für den Fall Bedeutung, wenn die Vermächtnißsache vom Beschwerten in Kenntniß des Vermächtnisses veräußert wurde.[38])

Im Uebrigen kommen die sonst geltenden allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Die Ersitzung ist also einerseits nur ausgeschlossen, wenn sich der Erwerb auf die Veräußerung selbst gründet; mithin dann nicht wenn die Sache bereits früher sich im Usucapionsbesitze eines Dritten befand, und ebenso wenig, wenn der Erbe, der sie für eine nicht dem Erblasser gehörige, sondern demselben geliehene, vermiethete, verpfändete u. s. w. hielt, sie dem vermeintlichen Eigenthümer herausgab und

36) Die andere neue Bestimmung hinsichtlich des Regresses des Käufers gegen den Veräußerer ist hier nicht zu erörtern; vgl. darüber Seuffert §. 12. Schröder S. 76 fg.

37) Man beachte wohl, daß hier bona fides des veräußernden Vermächtnißträgers genügend ist und keineswegs eine iusta ignorantia desselben erfordert wird.

38) Die abweichende Meinung Seufferts S. 87, daß der ausdrückliche Ausschluß der Ersitzung praktische Bedeutung nur für den Fall der Veräußerung durch den das Vermächtniß kennenden Vermächtnißträger während Schwebens der Bedingung des Vermächtnisses und der Veräußerung eines bereits dem Vermächtnißnehmer gehörigen Grundstückes hätte (vgl. Anm. 34), hängt mit seiner irrigen Grundauffassung des Veräußerungsverbotes zusammen.

dieser sie etwa später veräußerte. Andererseits ist die Ersitzung nicht bloß für den ersten Erwerber, sondern auch für jeden Nachfolger desselben (in zweiter, dritter Hand) ausgeschlossen. Kann nun der Erwerber die Sache nicht ersitzen, so muß ihm auch die act. Publiciana versagt werden.

Auch auf die im Nachlaß befindlichen Vermächtnißsachen, welche sich im publicianischen Besitze des Erblassers befanden, findet wie das sog. Veräußerungsverbot, so auch der Ausschluß der Ersitzung Anwendung. Nach klassischem Rechte konnte eine solche Sache vom Erwerber nur dann ersessen werden, wenn er das fremde Eigenthum nicht kannte und dazu noch von dem Vermächtniß nichts wußte; denn andernfalls fehlte ihm ja die bona fides, als die redliche Ueberzeugung, durch die Aneignung kein fremdes Recht zu verletzen. Nach Justinians Verordnung kann auch hier die Ersitzung nur dann stattfinden, wenn die Sache vom Beschwerten bona fide veräußert worden ist. Was endlich die Ersitzung von Servituten an der vermachten Sache und die Aufhebung von dem vermachten Grundstücke zuständigen Servituten durch non usus oder libertatis usucapio anbetrifft, so ist diese immer nur in dem Falle ausgeschlossen, wenn der Beschwerte in Kenntniß des Vermächtnisses durch seine positive Mitwirkung sie herbeigeführt hat. So wenn er die Servitut selbst eingeräumt bezw. eine solche durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung[39]) dem Servitutpflichtigen gegenüber aufgegeben hatte. Es braucht schließlich kaum noch bemerkt zu werden, daß wo durch die Ersitzung dem Vermächtnißnehmer die Verfolgung seines

39) So wenn dem Servitutpflichtigen eine die Ausübung der Servitut unmöglich machende Vorkehrung an dem dienenden Grundstück (nicht precario) gestattet wurde.

Rechtes mittelst in rem actio gegen den Dritten genommen ist, er noch immer seinen persönlichen Anspruch gegen den Beschwerten behält.

Es würde sich noch fragen, ob nicht auch Ausnahmen von dem Veräußerungsverbote anerkannt seien, d. h. ob nicht in bestimmten Fällen bleibendes Eigenthum auf den Erwerber übertragen bezw. ihm Schutz gegen die Klage des Vermächtnißnehmers gewährt werde.[40]) Daß die vermachte Sache von dem Dritten nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn sie mit Zustimmung des Vermächtnißnehmers veräußert oder verpfändet ist, darf als selbstverständlich bezeichnet werden; es würde dabei im einzelnen Falle nur noch in Frage kommen können, ob hierin auch ein Verzicht auf das Vermächtniß überhaupt zu finden sei.[41]) Von selbst versteht es sich auch, daß ein bereits bestehendes Pfandrecht an der Sache durch das Vermächtniß der letzteren nicht beeinträchtigt werden kann,[42]) und es bedarf demnach kaum noch einer besonderen Begründung dafür, daß, wenn vom Beschwerten dieselbe Sache einem Dritten, mit dessen Gelde der erste Gläubiger abgefunden wird, verpfändet wird, dieser ein wirksames Pfandrecht erlangt.[43])

War die den Gegenstand des Vermächtnisses bildende Sache bereits vom Erblasser geschuldet, so wird durch ihre Leistung seitens des Erben zweifellos Eigenthum nicht sofort übertragen. Es fragt sich nur, ob nicht der Dritte die Vindication des Legatars mit der Berufung darauf, daß

40) Davon handelt ausführlich Seuffert §. 15—21. Einige Fälle kommen nur beim Universalfideicommiß zur Sprache und sind daher hier nicht zu erörtern.

41) l. 11 C. de fideic. 6, 42. l. 92 pr. l. 120 §. 1 D. de leg. I. l. 34 §. 2 eod. II. S. 365 fg. 370 fg. 652.

42) l. 78 §. 4 D. de leg. II. S. 646.

43) l. 38 pr. D. de leg. III. cfr. l. 89 §. 7 eod. II. S. 647.

die Sache behufs Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet sei, zurückweisen könne. Es kommt hier vornehmlich das Vermächtniß einer bereits verkauften Sache in Betracht. Was das heutige Recht anbetrifft, nach welchem die Verurtheilung und Vollstreckung bei Forderungen in rem ipsam erfolgt, so ist die Frage sicher zu bejahen. Hinsichtlich des römischen Rechts bleiben Zweifel. Für das Vindicationslegat des klassischen Rechts ist die Verneinung der Frage unbedenklich. Jedenfalls darf man nicht unter Berufung auf l. 3 §. 1 D. de exc. r. v. 21, 3[44]) geltend machen, daß auch dem Singularsuccessor des Verkäufers die exceptio rei venditae et traditae entgegengesetzt werden könne.[45]) Denn dort handelt es sich um den ganz verschiedenen Fall, wenn nach bereits erfolgter Tradition der Verkäufer das inzwischen erworbene Eigenthum etwa durch Mancipation (oder auch durch Vindicationslegat) auf einen Anderen überträgt.[46]) Für unsere Frage würde eine Analogie nur der Fall bieten, wenn der Eigenthümer die an A. verkaufte Sache dem B. mancipirt und darauf dem ersteren tradirt. Hier würde doch aber ganz gewiß B. mit der Vindication gegen A. durchdringen, denn worauf letzterer eine exc. doli gründen sollte — nur von einer solchen könnte offenbar hier die Rede sein —, ließe sich nicht absehen.[47]) Nicht anders verhält es sich in unserem Falle: der Käufer muß die ihm tradirte Sache dem Legatar herausgeben und kann wegen Eviction gegen den Erben Regreß nehmen. Es

44) Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint.

45) Wie Seuffert S. 136 argumentirt.

46) Vgl. auch Vangerow Pand. I. §. 334 Anm. 3. f.

47) Ein, wenngleich schwaches, Argument gewährt hiefür auch l. 9 §. 4 D. de Publ. 6, 2.

wäre auch kein Grund ersichtlich, weshalb durch die Tradition seitens des Erben die rechtliche Stellung des Legatars und des Käufers, der doch bis dahin immer nur auf seine Contractsklage beschränkt war, geändert werden sollte. Und dafür spricht noch folgende Erwägung. Wenn der Erblasser die von ihm bereits verkaufte (oder aus einem anderen Grunde geschuldete) Sache vermacht, so geht doch seine Absicht — vorausgesetzt daß er von dem Verkaufe (bezw. der sonstigen Verbindlichkeit) Kenntniß hatte [48]) — dahin, daß der Legatar die Sache selbst erhalten und dem Erben es überlassen sein solle, sich mit dem Käufer (Gläubiger) auseinanderzusetzen. Wäre per damnationem vermacht worden, so würde der Erbe sowohl ex empto wie ex testamento auf das Interesse haften. [49]) Liegt ein Vindicationslegat vor, so soll doch die Sache selbst aus der Erbschaft ausscheiden, dem Erben also entgehen, während dieser dazu noch dem Käufer verpflichtet bleiben würde. Es wäre nun doch gewiß irrationell, wenn der Erbe dadurch, daß er die Sache dem Käufer leistet, einen Gewinn machen könnte. [50]) Denn der

48) Wie aber, wenn er davon nichts wußte, daß die Sache aus einen Kaufcontract geschuldet werde? Der Beweis, daß der Erblasser, wenn er seine Verbindlichkeit gekannt hätte, die Sache nicht vermacht haben würde, wird hier nicht versagt werden können. Es würde hier freilich nur der Fall in Betracht kommen, wenn eine Forderung auf den Kaufpreis nicht mehr bestand.

49) l. 32 i. f. D. locati 19, 2 (S. 561 Anm. 58).

50) Würde doch auch, wenn der Erblasser die verkaufte Sache nach der Errichtung des Vermächtnisses dem Käufer tradirt, das Vermächtniß bestehen bleiben, nur daß es dann als legatum rei alienae gilt und, wenn es per vindicationem hinterlassen war, als Damnationslegat aufrecht erhalten wird. (Daß ein Widerruf des Vermächtnisses hier nicht angenommen werden kann, liegt auf der Hand;

Legatar wäre ja einzig auf die rei vindicatio gegen den Besitzer der Sache beschränkt, und wenn er mit dieser gegen den Käufer nicht durchzudringen vermöchte, würde ihm hier eine persönliche Klage gegen den Erben nicht zustehen.[51]) So nach klassischem Rechte. Da nun im justinianischen Recht dem Vermächtnißnehmer stets die persönliche Klage gegen den Beschwerten verbleibt, so würde soweit die Annahme, daß ersterer mit der Vindication gegen den Käufer nicht durchdringen könne, keinem Bedenken begegnen. Eine exc. doli wäre hier leichter zu begründen; denn der Vermächtnißnehmer handelt in der That arglistig, wenn er unter den obwaltenden Umständen die Sache vom Dritten in Anspruch nimmt, während er sich mit der persönlichen Klage an den Erben halten kann. Allerdings könnte der Erbe insolvent sein; gegen diese Gefahr wäre aber der Vermächtnißnehmer durch die separatio bonorum und sein Pfandrecht gesichert. Bei Unzulänglichkeit der Erbschaft aber würde ohnehin der Käufer als Nachlaßgläubiger vorgehen. Und endlich, wenn der Erbe vermachte Sachen behufs Abfindung von Erbschaftsgläubigern gültig verkaufen kann, insofern andere Mittel zur Befriedigung derselben im Nachlaß nicht verfügbar sind, so wird im gleichen Falle auch die Leistung der geschuldeten Sache an den Gläubiger dem Vermächtnißnehmer gegenüber volle Wirkung haben müssen.

die Tradition der bereits verkauften Sache kann auch, genau betrachtet, nicht als alienatio gelten, so daß auf diesen Fall Gai. II. §. 198 cfr. §. 12 J. de leg. II, 20 nicht bezogen werden darf.)

51) An die act. ad exhibendum könnte hier offenbar nicht gedacht werden, da ein dolo desinere possidere nicht vorliegt; gerade am wenigsten, wenn man dem Käufer eine Einrede gegen die rei vindicatio des Legatars einräumt.

Schwierigkeit macht noch der Fall, wenn der Erblasser seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache vermacht.[52]) Daß hier der Beschwerte nicht auf Theilung provociren kann, ist einleuchtend. Handelt es sich um ein pure hinterlassenes Vermächtniß, so tritt der Legatar sofort in das Miteigenthumsverhältniß, so daß der Beschwerte zur Uebernahme der Theilungsklage gar nicht legitimirt ist.[53]) Dagegen beim bedingten und befristeten Vermächtniß ist unzweifelhaft letzterer selbst der rechte Beklagte bei der act. comm. dividundo; diese aber bis zum Eintritt des dies oder der condicio aufzuschieben, kann der andere Miteigenthümer durch die Vermächtnißanordnung offenbar nicht genöthigt werden. Wie nun, wenn letzterem die ganze Sache adjudicirt oder dieselbe reell zwischen ihm und dem Beschwerten getheilt wird? Da mit Eintritt des dies oder der Bedingung das Eigenthum des Vermächtnißnehmers unmittelbar begründet wird, so muß auch das durch die Adjudikation vom Beschwerten auf den anderen Theil übergegangene Eigenthum wieder aufhören. Mithin würde der strengen Consequenz nach die Adjudikationssentenz dem Vermächtnißnehmer gegenüber keine Wirkung haben, und er müßte seinen Antheil — wenn die Sache reell getheilt ist von jedem der beiden Besitzer — mit der vindicatio partis in Anspruch nehmen oder auch mit der act. comm. divid. gegen den anderen Miteigenthümer, welchem die Sache zugesprochen ist, vorgehen können. Dagegen erhebt sich aber sofort das Bedenken, daß dieser, wenn er den betreffenden Antheil herausgeben müßte, doch einen Verlust erleiden und der Beschwerte einen ungerechtfertigten Gewinn machen würde; denn eine Klage, mit welcher ersterer sich an letzteren behufs Ersatzes des ihm entzogenen Theiles halten könnte, wäre nicht auffindbar. So kann der Adju-

52) Vgl. auch oben S. 361 fg.
53) l. 31 D. de usufr. leg. 33, 2.

dikatar die Klage des Vermächtnißnehmers zwar nicht mit exc. rei iudicatae, aber mit doli exceptio zurückweisen, indem er sich darauf beruft, daß, wenn der Vermächtnißnehmer schon damals Eigenthümer gewesen wäre, die Theilungsklage mit demselben Erfolge gegen ihn durchgeführt wäre.[54]) Was nun aber den Anspruch des Vermächtnißnehmers gegen den Beschwerten anbelangt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn diesem die ganze Sache adjudicirt worden ist, ersterer gegen ihn mit der partis vindicatio oder act. comm. divid. vorgehen kann.[55]) Sonst ist ihm die persönliche Klage auf den Werth des vermachten Antheiles bezw. auf die dem Beschwerten zugekommene Abfindungssumme zuständig.[56]) So auch in dem Falle, wenn es zur Realtheilung gekommen ist, nur daß hier ein Pfandrecht an dem zugesprochenen Stücke besteht. Eine Vindication dieses Stückes selber wäre nur dann begründbar, wenn der reelle Theil vollständig, auch dem Werthbetrage nach, an die Stelle der Quote tritt, wie es bei einer überhaupt nur der Quantität nach in Betracht kommenden Sache der Fall ist. Daß der Legatar sonst nicht auf den Anspruch hinsichtlich des adjudicirten Theiles beschränkt sein kann, ist ganz klar, wenn dieser nicht genau dem Werthe der vermachten Quote entspricht und der Beschwerte noch

54) So auch Seuffert S. 135.

55) Das Bedenken, daß nun, nachdem bereits ein Theilungsverfahren stattgefunden hat, doch wieder die Sache im Miteigenthum steht und eine neue Auseinandersetzung nothwendig wird, ist von geringem Gewichte. Das Recht des Legatars kann durch die frühere Adjudikation offenbar nicht beeinträchtigt werden; man setze auch nur, daß der Werth der Sache inzwischen erheblich gestiegen ist.

56) Nach klassischem Rechte beim Vindicationslegat act. in factum oder vielleicht auch act. ex testamento.

durch eine Zahlung des anderen Theilhabers entschädigt ist.[57])

Die Vindication ist ferner ausgeschlossen bezw. das Veräußerungsverbot cessirt, wenn den Gegenstand des Vermächtnisses eine solche Sache bildet, deren Veräußerung durch wirthschaftliche Rücksichten geboten ist und sich auch schon durch das eigene Interesse des Vermächtnißnehmers, welches ja der Beschwerte wahrzunehmen hat, rechtfertigt.[58]) Indessen diese Ausnahme erweist sich, abgesehen von dem Universalfideicommiß, einzig beim Vermächtniß einer Sachgesammtheit von praktischer Bedeutung, da in anderen Fällen, also insbesondere beim Vermächtnisse der Erndte oder leicht verderblicher Gegenstände, der Vermächtnißnehmer schon ohnehin nicht leicht in der Lage sein wird, die betreffende Sache zu vindiciren.[59]) Nur beim Ersatzanspruche gegen den Beschwerten würde jener Gesichtspunkt in Betracht kommen, indem derselbe alsdann bloß auf den empfangenen Kaufpreis, vorausgesetzt daß ihn keine Verschuldung beim Verkauf trifft, dem Vermächtnißnehmer haftet.[60])

Endlich kann der Verkauf der Vermächtnißsache nicht angefochten werden, wenn er zum Zwecke der Abfindung von Erbschaftsgläubigern erfolgt, vorausgesetzt, daß andere Objekte, aus denen sie befriedigt werden können, im Nach-

57) Im Uebrigen ist auf S. 363 zu verweisen.

58) Seuffert S. 126 fg. 134.

59) Abgesehen davon, daß sonst der in Kenntniß des Vermächtnisses weiter veräußernde Käufer hier als dolo desinens possidere mit der rei vindicatio oder actio ad exhibendum vom Vermächtnißnehmer in Anspruch genommen werden könnte.

60) Das würde übrigens auch bei der Veräußerung solcher Sachen, deren Aufbewahrung mit großen Schwierigkeiten, Gefahren oder Kosten verknüpft ist, zutreffen.

laß nicht vorhanden sind.[61]) Dabei ist natürlich nicht an Insufficienz des Nachlasses zu denken — denn alsdann würden die Vermächtnißnehmer überhaupt keinen Anspruch erheben können —, sondern es handelt sich darum, daß augenblicklich Zahlungsmittel nur durch den Verkauf von Vermächtnißgegenständen beschafft werden können. So wenn ausstehende Forderungen gegenwärtig nicht eingetrieben und nur mit großem Verluste verkauft werden können, für andere Nachlaßobjekte sich kein Käufer findet oder die Gelegenheit zum Verkauf ungünstig ist u. dgl. m. Unter solchen Umständen wird durch den Verkauf von Vermächtnißgegenständen zugleich das Interesse der Vermächtnißnehmer selber gewahrt, deren Ansprüche nicht voll befriedigt werden könnten, wenn es zum Concurse über den Nachlaß käme, oder wenn durch einen zur Zeit ungünstigen Verkauf anderer Nachlaßobjekte die Erbmasse so herabgemindert werden würde, daß sie zur vollen Entrichtung der Vermächtnisse nicht ausreichte. Jedenfalls ist der Erbe nicht verpflichtet, aus eigenen Mitteln die Erschaftsgläubiger zu befriedigen und die Vermächtnißobjekte den Legataren vorzubehalten. Diese könnten vielmehr die ihnen vermachten Sachen nur dann vom Erben herausverlangen, wenn sie demselben hinreichende Sicherheit in betreff der gegen ihn zu erhebenden Ansprüche der Erbschaftsgläubiger leisten. Andererseits kann aber der Erbe nicht ohne weiteres Vermächtnißgegenstände behufs Abfindung der Erbschaftsgläubiger verkaufen. Will er sicher gehen, daß dem Käufer diese Sachen nicht wieder vom Vermächtnißnehmer mit der rei vindicatio abgenommen werden oder daß dieser nicht einen über den erlangten Preis hinausgehenden Ersatzanspruch gegen ihn geltend mache, so muß er letzterem zunächst von dem be-

61) l. 38 pr. D. de leg. III. Vgl. oben S. 647 fg.

vorstehenden Verkaufe Anzeige machen und dessen Nothwendigkeit darthun. Damit ist dem Vermächtnißnehmer die Gelegenheit gegeben, den Verkauf abzuwenden und sich sein Recht auf die vermachte Sache dadurch zu wahren, daß er sie auslöst d. h. ihren Verkaufswerth dem Erben behufs Befriedigung der Gläubiger vorschußweise leistet. Erhebt er aber nicht Einspruch und versteht er sich nicht zur Zahlung, so muß er als dem Verkaufe zustimmend behandelt werden.[62]) Dieselben Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn es sich um die Beschaffung von Mitteln zur Bestreitung der Begräbnißkosten handelt.[63])

§. 1528. b.

Verhältniß der Vermächtnißnehmer zu den Erbschaftsgläubigern; Verkürzung der Vermächtnisse.

Der Vermächtnißnehmer haftet nicht für die Erbschaftsschulden; er steht in keiner Beziehung zu den Erbschaftsgläubigern, die sich einzig an den Erben zu halten haben.[1]) Nun ist es aber ein bekannter Grundsatz, daß niemand in höherem Maße mit Vermächtnissen beschwert

62) Einer gerichtlichen Verhandlung zu diesem Zwecke bedarf es nicht, sie erscheint aber räthlich. Gut handelt über das ganze Verhältniß Seuffert S. 94 fg. 133.

63) l. 14 §. 1 D. de relig. 11, 7 vgl. l. 5 pr. D. de H. P. 5, 3.

1) l. 7 C. de her. act. 4, 16: Creditores hereditarios adversus legatarios non habere personalem convenit actionem. Auch der Code civil art. 1024 und das Sächsische Gesetzb. §. 2442 sprechen diesen an sich selbstverständlichen Grundsatz noch ausdrücklich aus.

werden kann, als ihm selbst vom Erblasser zugewendet ist, also der Erbe nicht über den Betrag der Erbschaft oder seines Erbtheiles hinaus. Dabei müssen die Erbschaftsschulden und Erbschaftslasten vorweg abgezogen werden, so daß die Vermächtnisse nur, soweit noch Aktivvermögen übrig bleibt, Wirksamkeit haben. [2]) Reicht letzteres zur Entrichtung der Vermächtnisse nicht aus, so werden diese reducirt d. h. sie vermindern sich von selbst um den verhältnißmäßigen Betrag, so daß der Erbe nur auf den entsprechenden Theil des Vermächtnißgegenstandes in Anspruch

2) Gai. II. §. 261 = §. 1. J. de sing. reb. 2. 24. l. 114 §. 3 D. de leg. I. l. 1 §. 17 D. ad SC. Treb. 36, 1 — l. 11 §. 5 D. ad l. Falc. 35, 2. l. 1 §. 12 D. si cui plus 35, 3. l. 12 C. de test. mil. 6, 21. — l. 15 pr. C. de legat. 6, 37. l. 17 D. de m. c. don. 39, 6. cfr. l. 12 pr. de leg. II. — l. 1 C. de bon. auct. 7, 72. l. 66 §. 1 D. ad l. Falc. 35, 2. l. 4 §. 1. l. 6 pr. D. de separ. 42, 6. Vgl. den Comment. Th. 47. S. 287 fg. Hinsichtlich der Partikularrechte s. Gruchot, preuß. Erbrecht I. S. 604 fg. Mit Recht hebt Brinz Pand. 2. Aufl. III. §. 416. S. 333 (1. Ausg. II. §. 215. S. 923) hervor, daß jene Beschränkung des Vermächtnisses keineswegs auf begrifflicher Nothwendigkeit beruht. Und es ist in hohem Grade wahrscheinlich, daß in ältester Zeit Legate auch über den Bestand der Erbschaft hinaus als gültig angesehen wurden, also beim Vindicationslegat das Eigenthum der ganzen Sache auf den Legatar überging, beim Damnationslegat der Erbe verpflichtet war, das Vermächtniß voll zu entrichten, selbst wenn kein reines Vermögen nach Abzug der Schulden übrig blieb. So Huschke Nexum S. 215, welchem jedoch darin gewiß nicht beizustimmen ist, daß dieser Grundsatz noch im klassischen Recht bei den Legaten im Gegensatze zu den Fideicommissen gegolten habe. — Von der Verkürzung der Vermächtnisse durch die lex Falcidia ist hier nicht zu handeln.

genommen werden kann.[3]) Ist dieser eine Erbschaftssache, so erwirbt der Legatar an der betreffenden Quote derselben Eigenthum, welches er mit partis (incertae) vindicatio geltend machen kann.[4]) Hat der Erbe das Vermächtniß in der irrigen Annahme der Sufficienz des Nachlasses voll entrichtet, so steht ihm ein Rückforderungsrecht (condictio indebiti) zu. Jedoch braucht er überhaupt nur gegen Stellung von Caution in betreff der Rückgabe des Mehrbetrages für den Fall der Unzulänglichkeit des Nachlasses das Vermächtniß zu erfüllen, wodurch er sich auch beim Damnationslegat eines certum die hier sonst ausgeschlossene Rückforderung wahrt.[5]) Seit Nov. 1 c. 2. kann sich der Erbe aber dem Vermächtnißnehmer gegenüber nur dann auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses berufen, wenn er ein den gesetzlichen Vorschriften entsprechendes Inventar über den Nachlaß errichtet hat; andernfalls muß er die Vermächtnisse voll, also aus eigenem Vermögen entrichten.[6])

3) Behufs Feststellung dieses Betrages muß das Vermächtniß natürlich zunächst, worauf es auch gerichtet sein möge, auf eine Geldsumme reducirt werden.

4) Das wird freilich praktisch sich häufig nicht durchführen lassen, da jene Quote ja in einem sehr unbequemen Bruchtheil bestehen könnte. Es bietet sich dann aber, wie auch sonst, der Ausweg dar, daß der Vermächtnißnehmer entweder für die ihm verbleibende Quote der Sache in Geld abgefunden wird, oder, falls er die Sache behalten will, den Erben abfindet. Es kommt also im letzteren Falle darauf hinaus, daß der Vermächtnißnehmer zur Bezahlung der Erbschaftsschulden pro rata einen Beitrag leistet. Vgl. auch l. 7. l. 80 §. 1 D. ad l. Falc. 35, 2.

5) Es sind hier überhaupt die hinsichtlich des Abzuges der quarta Falcidia geltenden Grundsätze analog anzuwenden.

6) Vgl. darüber den Comment. Th. 41. S. 416. Fritz im Archiv f. civ. Prax. Bd. 12 S. 228 fg.

Bevor wir nun zusehen, wie sich dieser Grundsatz in der praktischen Anwendung gestaltet,[7]) ist zunächst eine Vorfrage zu erledigen. Wenn nämlich die Vermächtnisse nur so weit bestehen, als der Aktivbestand der Erbschaft reicht, so erhebt sich vor Allem die Frage, welcher Zeitpunkt der für die Feststellung des Aktivbestandes entscheidende sei. Allgemein wird es als ein ganz zweifelloser Satz ausgesprochen, daß es hier auf den Bestand des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers ankomme, so daß spätere Vermehrungen der Erbschaftsmasse dem Vermächtnißnehmer nicht zu statten kommen, und bei späteren Verminderungen die Vermächtnisse in ihrer Integrität bestehen bleiben.[8]) Also wenn die Vermächtnisse im Augenblicke des Todes des Erblassers den Aktivbestand seines Vermögens übersteigen, sollen sie hinsichtlich des Mehrbetrages ungültig bleiben, mag auch der Nachlaß zur Zeit des Erbschaftsantrittes bereits so angewachsen sein,[9]) daß er nicht bloß zur Deck-

7) Vgl. den eben angeführten Aufsatz von Fritz S. 238 fg., von dem jedoch die folgende Darstellung (S. 718 fg.) erheblich abweicht.

8) Seuffert, das Veräußerungsverbot S. 90. Dernburg, Pfandrecht I. S. 333. Auch im Sächsischen Gesetzbuch §. 2443 findet sich dieser Grundsatz aufgestellt.

9) Durch Früchte, gefundene Schätze, Erwerb von Erbschaftssklaven, insbesondere Schenkungen und Vermächtnisse an solche, l. 33 pr. D. ad l. Falc. 35, 2. Eben dahin würde der Fall gehören, wenn auf ein im Nachlaß befindliches Lotterieloos u. dgl. ein Gewinn fällt; denn auch hier könnte nur das verum pretium des Looses mortis tempore (l. 62 §. 1 eod.) in Betracht kommen und es wäre dieser Fall keinesweges gleich zu behandeln dem Eintritt der Bedingung bei einer bedingten Erbschaftsforderung, wo „ex post facto uberior videtur fuisse hereditas.“ (l. 56 §. 1. l. 73 §. 1 eod.)

ung derselben ausreicht, sondern noch einen erheblichen Ueberschuß dem Erben gewährt. Und umgekehrt, gingen die Vermächtnisse über den Aktivbestand des erblasserischen Vermögens zur Zeit des Todes nicht hinaus, so sollen sie im vollen Umfange aufrecht erhalten werden, wenn auch die Nachlaßmasse bis zum Erwerbe der Erbschaft durch den Untergang oder Verlust von Nachlaßsachen oder durch eintretende Zahlungsunfähigkeit von Erbschaftsschuldnern so herabgemindert wird, daß sie weit hinter dem Betrage der angeordneten Vermächtnisse zurückbleibt. Daß den Vertheidigern dieses Grundsatzes doch Bedenken gegen seine Consequenzen aufstoßen, zeigen die Beschränkungen, die man ihm hin und wieder hinzufügt.[10]) Aber der Grundsatz ist überhaupt unhaltbar.

Zunächst müßte es doch auffallend erscheinen, daß die Vermehrung des Nachlasses bis zum Antritt der Erbschaft nicht in Betracht kommen soll, während ein den Bestand des Nachlasses überschreitendes bedingtes oder befristetes Vermächtniß aufrechterhalten wird, wenn der Beschwerte bis zum dies legati veniens aus dem Ertrage des ihm Zugewendeten so viel gewinnt, als das Vermächtniß be-

10) So meint einerseits z. B. Schweppe-Mejer röm. Privatrecht V. §. 884. Anm. 1, daß überhaupt die in der Zwischenzeit bis zur Entrichtung des Vermächtnisses gezogenen Nutzungen mit in Anschlag gebracht werden müssen; andererseits erklärt Unger österr. Erbrecht §. 66 Anm. 1 (allerdings nur vom Benefiziar-Erben), daß der Erbe, „wenn das erbschaftliche Vermögen durch zufällige Umstände soweit herabgemindert worden, daß es zur Bedeckung sämmtlicher Legate nicht mehr ausreichen würde, berechtigt sei, den Legataren einen verhältnißmäßigen Abzug zu machen," — während doch „die Ansprüche der Legatare im Falle späterer Verminderung des Nachlasses nicht geringer werden" sollen!

trägt.[11]) Ferner entsteht für den Beschwerten die Verbindlichkeit aus dem Vermächtniß immer erst mit dem Erbschaftserwerbe, — und doch sollte er über den gegenwärtigen Bestand des Nachlasses hinaus in Anspruch genommen werden können? Nun nehme man noch den Fall, daß der Erbe unter einer Bedingung eingesetzt war, oder daß einem Vulgar- oder gar Pupillarsubstituten das Vermächtniß auferlegt ist. Sollten auch da alle Veränderungen, die sich mit der Erbschaft in der Zwischenzeit zutragen, auf den Bestand des Vermächtnisses keinen Einfluß üben? Und wie bei bedingten Vermächtnissen? Und endlich, wenn sich nach dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers bestimmen soll, ob die Erbschaft zur Berichtigung der Vermächtnisse ausreiche, ob also letztere ganz oder theilweise rechtsbeständig seien, dann wird auch eine inzwischen im Werthe der Nachlaßobjekte eingetretene Aenderung nicht in Betracht kommen können. Wir würden also jetzt, wo die Entrichtung der Vermächtnisse zur Sprache kommt, immer feststellen müssen, wie hoch der Werth der Nachlaßgegenstände damals zur Zeit des Todes des Erblassers waren. Wenn also beispielsweise der Cours der im Nachlaß befindlichen Aktien 50 betrug, während er jetzt auf 100 steht, blieben die Vermächtnisse doch immer gekürzt, für welche nach dem damaligen Cours der Nachlaß nicht zulänglich war; während umgekehrt, wenn die betreffenden Aktien zur Zeit des Erbschaftserwerbes bereits völlig entwerthet sind, der Erbe zur vollen Entrichtung der Vermächtnisse verpflichtet wäre.

Mag nun auch bei einer Vermehrung des Nachlasses der aufgestellte Grundsatz weniger bedenklich erscheinen, da durch ihn hier nur ein Vortheil dem Vermächtnißnehmer entzogen wird, so führt im umgekehrten Falle seine Anwen-

11) S. Arndts in dem Comment. Th. 47 S. 291 fg.

dung zu einem Ergebniß, das man nicht mehr bloß als befremdlich, sondern geradezu als anstößig und das juristische Gefühl verletzend bezeichnen muß. Man weist auf einen Ausweg hin, durch welchen der Erbe der ihm drohenden Gefahr, ultra vires hereditatis für die Vermächtnisse haften zu müssen, entgehen könne. Nämlich er braucht ja die Erbschaft nicht anzutreten. Ganz gewiß; — wenn er nur immer von der Sachlage Kenntniß hätte! Wie sollte aber der Berufene überhaupt darauf verfallen, zuvörderst Erhebungen darüber anzustellen, wie viel die im Nachlaß befindlichen Objekte im Zeitpunkte des Todes des Erblassers werth gewesen waren, ob damals noch vorhandene Gegenstände untergegangen oder in Verlust gerathen sind? Oft würde auch eine genaue Feststellung des damaligen Bestandes der Erbmasse ihm nicht möglich sein. Wenn er nun nach Prüfung des gegenwärtigen Aktivbestandes in der Ueberzeugung, daß er über denselben hinaus von dem Vermächtnißnehmer nicht in Anspruch genommen werden könne, die Erbschaft antritt und ihm dann von unseren Juristen erklärt wird, daß er die Vermächtnisse dennoch voll zu entrichten habe, da der Bestand des Vermögens beim Ableben des Erblassers ein höherer war, so würde ihm dies sicher unglaublich vorkommen. Es mag immerhin unvorsichtig sein, eine mit Vermächtnissen überschwerte Erbschaft anzutreten; dadurch wird aber jener Grundsatz nicht gerechtfertigt.[12]) Und häufig wird man dem Erben auch keine Unvorsichtigkeit zum Vorwurf machen können. Man setze nur den Fall: zum Nachlaß gehören ausstehende Forderungen in erheblichem Betrage; der Erbe, welcher die Forder-

12) Das Bemerkte ist noch in höherem Maße zutreffend, wenn der Erbe cum beneficio inventarii antritt, wovon wir vorläufig absehen.

ungen für sicher halten mußte, hatte allen Grund, die Sufficienz der Erbschaft anzunehmen; nun stellt sich aber heraus, daß die Schuldner bereits insolvent geworden waren, während ihre Zahlungsfähigkeit zur Zeit des Todes des Erblassers feststand. Würden hier nicht dem Erben durch das Recht Fallstricke gelegt sein, wenn man jenem Grundsatze entsprechend die Rechtsbeständigkeit der Vermächtnisse behaupten wollte?

Die Anstößigkeit jenes Grundsatzes zeigt sich aber erst recht in grellem Lichte, wenn mit den Vermächtnißnehmern Erbschaftsgläubiger zusammentreffen. Wenn hier trotz der Verminderung des Nachlasses nach dem Tode des Erblassers die Vermächtnisse im vollen Betrage bestehen blieben, so würden doch durch dieselben die Erbschaftsgläubiger, die sonst in dem Nachlasse vielleicht vollständige Befriedigung finden könnten, augenscheinlich verkürzt werden. Allerdings haftet der Erbe beiden mit dem eigenen Vermögen; wenn dieses aber nicht hinreicht, würden doch beim Concurse beide gleichmäßig berücksichtigt werden müssen. Ferner wäre es ihnen durch ihr gesetzliches Pfandrecht möglich gemacht, vor den Erbschaftsgläubigern zur Befriedigung zu gelangen.[13]) Und wenn eine Erbschaftssache Gegenstand des Vermächtnisses ist, so wäre sie den Erbschaftsgläubigern völlig entzogen; denn da spätere Verminderungen des Nachlasses die Rechte der Vermächtnißnehmer nicht mehr beeinträchtigen oder aufheben können, so wäre eine Inanspruchnahme des Vermächtnißgutes von Seiten der Erbschaftsgläubiger nicht gerechtfertigt.[14]) Nehmen wir folgenden Fall: Zur Zeit des Ablebens des Erblassers betrugen die Aktiva 6000, die Passiva 2000, vermacht ist

13) So Dernburg a. a. O. S. 333.
14) So Seuffert a. a. O. S. 91.

dem A. ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück im Werthe von 2000, dem B. eine Summe von 1000; durch zufällige Umstände vermindern sich die Aktiva auf 3500; das an A. vermachte Grundstück würde dann von vorneherein ausscheiden und von den übrigen 1500 würden dem Legatar B. 500, den Erbschaftsgläubigern nur 1000 zufallen; ja wenn B. rechtzeitig sein Pfandrecht geltend machte, würden den Erbschaftsgläubigern gar nur 500 verbleiben! Man weist auf das beneficium separationis hin, durch welches die Erbschaftsgläubiger dieser gefährlichen Concurrenz der Legatare entgehen können. Wenn aber Erbschaftssachen bereits bona fide veräußert sind, so nützt hier dem Gläubiger auch das beneficium separationis nichts mehr, während die Legatare die Sachen vindiciren bezw. auf Grund ihres Pfandrechtes in Anspruch nehmen können. Und dieser mit allen Rechtsprinzipien in Widerspruch stehende Grundsatz — so darf man fragen — sollte wirklich jemals geltendes Recht gewesen sein?

Prüfen wir nun seine Begründung. Man beruft sich hier zunächst auf die „Natur der Sache" und auf die Analogie des Pflichttheiles und der quarta Falcidia. Das erste Argument ist zu vag, als daß es eine Berücksichtigung verdiente.[15]) Scheinbarer ist das andere; aber auch dies

15) Trotz der von Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 539 versuchten Begründung, daß der Zeitpunkt des Todes des Erblassers deshalb der „natürlichste" sein soll, „weil bei dem gewöhnlichen Falle, nämlich der unbedingten Erbeinsetzung dem Erben nichts im Wege steht, die Erbschaft sofort anzunehmen", sodann weil bei unbedingten Legaten dies a morte testatoris cedit, und endlich „weil beim Todestage des Erblassers die Aktiva gleich zu finden." — Bei dieser Gelegenheit wäre noch darauf hinzuweisen, daß das den Nachlaß vermindernde Ereigniß ja sofort nach

hält einer schärferen Prüfung nicht Stand. Wenn bei der Berechnung des Pflichttheiles und der quarta Falcidia der Zeitpunkt des Todes des Erblassers als der für die Feststellung des Bestandes des Nachlasses entscheidende angenommen wurde, so hatte dies einen guten Grund. Hier wie dort handelt es sich um eine Beschränkung der Testirfreiheit: der Erblasser soll einen bestimmten Theil der Erbschaft dem Pflichttheilsberechtigten bezw. dem Erben belassen. Insbesondere hatte die lex Falcidia bestimmt, daß der Testator über mehr als $^3/_4$ seines Vermögens durch Legate zu verfügen, nicht das Recht haben solle. Da war es vollkommen gerechtfertigt, daß, wenn das letzte Viertel des hinterlassenen Vermögens dem Erben frei gelassen war, spätere Verminderungen desselben nicht in Betracht kommen konnten; der Testator war ja der Vorschrift des Gesetzes nachgekommen, ebenso wie er ihr durch Verfügungen über das letzte Viertel zuwidergehandelt hätte, mochte auch nach seinem Tode noch eine Vermehrung des Nachlasses eintreten. Die Analogie ist demnach für unseren Fall durchaus unzutreffend, man müßte denn den Satz an die Spitze stellen wollen: niemand ist berechtigt, Vermächtnisse anzuordnen, welche den Betrag seiner Erbschaft übersteigen.

Aber, wendet man ein, — und dies Argument ist schwerwiegender — die Quellen selbst sprechen den Satz aus, daß spätere Vermehrungen und Verminderungen des Nachlasses auf die Rechtsbeständigkeit der Vermächtnisse keinen Einfluß üben. Es handelt sich hier um l. 73 pr. D. ad l. Falc. 35, 2 (= §. 2 J. eod. 2, 22), wo Gajus die bei der Berechnung der quarta Falcidia geltende Regel durch ein Beispiel erläutert. Jemand, der 100 in seinem Vermögen hat, vermacht 75. Nun heißt es: Si

dem Tode des Erblassers eintreten könnte, bevor noch der Erbe seine Berufung erfahren hat.

ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, ut non plus quam septuaginta quinque vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Also ist hier nicht so deutlich wie möglich gesagt, daß Vermächtnisse, welche nicht den Aktivbestand des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers überschritten, voll geschuldet werden, wenn auch infolge späterer Verminderungen der Nachlaß nicht mehr zu ihrer Deckung ausreicht, ja selbst wenn gar nichts mehr übrig ist? Das wird in der That allgemein angenommen und man stößt sich auch gar nicht daran, daß ein so wichtiger Rechtssatz in den Quellen nur gelegentlich bei der quarta Falcidia und ziemlich versteckt aufgestellt wird. Schon die Glosse trifft aber das Richtige, indem sie zu dem Worte solida bemerkt: id est non deducta Falcidia, non autem de suo, nisi hodie, si non fiat inventarium.[16]) Mithin voll d. h. ohne Abzug der Quarta werden die Vermächtnisse geschuldet, wenn der gegenwärtige Bestand des Nachlasses sich mit dem Betrage der Vermächtnisse deckt oder gar hinter ihm zurückbleibt. Man könnte gegen diese Auffassung vielleicht geltend machen, daß Gajus fortfährt: nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem . . Denn wenn der Erbe in der That nicht über den gegenwärtigen Bestand des Nachlasses hinaus dem Vermächtnißnehmer haftete, so würde doch eine Gefahr oder ein Nachtheil für den Erben mit dem Antritt der Erbschaft hier nicht verknüpft sein.

16) Damit scheint auch Bartolus in comm. super Infort. ad h. l. übereinzustimmen, falls ich ihn recht verstehe. Entschieden dagegen erklärt sich Goveanus in comm. ad l. Falc. ad l. 11 §. 5 eod. (Opp. Lugd. 1599. p. 542): De suo heres praestabit, quod testator legavit de suo intra modum l. Falcidiae. Von den Neueren vertritt niemand eine abweichende Auffassung.

Indessen einmal wäre es schon immerhin gefahrvoll, bis zum Belaufe der Erbschaft für die Vermächtnisse einstehen zu müssen, in Anbetracht der nach dem Erbschaftserwerbe möglicherweise eintretenden Verminderungen. Sodann, wenn man in dem Ausspruch des Gajus mehr als eine triviale Phrase finden will,[17]) so kann derselbe damit nur gemeint haben, daß jene Haftung für solida legata bei eingetretener Minderung des Nachlasses aus dem Grunde dem Erben nicht zum Nachtheil gereichen kann (daß also das Gesetz oder vielmehr die Rechtsdoktrin nichts ihm Nachtheiliges bestimme), weil er es ja in seiner Hand habe, die Legatare zu einem Vergleiche in betreff der Vermächtnisse zu nöthigen, indem er mit der Ablehnung der ganzen Erbschaft droht. Dies Argument würde aber offenbar ebenso zutreffen, wenn die Vermächtnisse nicht voll über den Bestand, sondern nur voll bis zum Bestande der Erbschaft, also ohne Abzugsrecht geschuldet werden.[18])

17) Denn genau genommen, würde doch die hereditas niemals damnosa sein können, wenn der Antritt nicht erzwungen wird. Es wird dabei nur der Fall übersehen, daß der Antritt ohne Kenntniß des früheren Bestandes des Nachlasses erfolgt, und hier nützt dem Erben auch nicht der weise Rath, den Gajus ertheilt.

18) Auch bei späterer Vermehrung des Nachlasses muß folgerichtig, wie hier nur des Zusammenhanges wegen bemerkt werden mag, die Quarta ganz anders berechnet werden, als es allgemein geschieht, indem man einzig auf den Bestand der Erbschaft im Augenblicke des Todes sieht und dabei die in den Quellen gebrauchten Wendungen, wie daß der spätere Zuwachs „nihil legatariis prodest“ oder „nihil in rationem legis Falcidiae cadit,“ mißversteht. Das Prinzip ist: von dem Reinbetrage des Vermögens mortis tempore muß $^1/_4$ dem Erben unbelastet verbleiben. Wenn nun die angeordneten Vermächtnisse jenen Ver-

Nach alledem wird man sagen müssen, daß im klassischen und späteren Rechte der entscheidende Zeitpunkt für die Feststellung des die Gültigkeit der Vermächtnisse bedingenden Bestandes des Nachlasses der Augenblick des Antrittes der Erbschaft war. [19]) Veränderungen, welche

mögensbestand überschreiten, so bleibt dieser Mehrbetrag vorläufig, d. h. für die Berechnung der Quarta, außer Ansatz; „ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.“ (l. 73 §. 5 D. ad l. Falc. 35, 2 = §. 3 J. eod. 2, 22). Das hat nicht etwa den Sinn, als ob jenes Plus überhaupt ungültig vermacht sei, sondern es hängt von dem Bestande des Nachlasses zur Zeit des Erbschaftsantrittes ab, ob dasselbe überhaupt bezw. ganz geschuldet werde oder nicht. Man darf diese Frage nicht mit der anderen nach der Berechnung der Quarta verquicken, sondern sie ist so zu behandeln, als ob ein Abzug der letzteren überhaupt nicht stattfände. Nehmen wir folgende Beispiele. Der Bestand des Vermögens zur Zeit des Todes beträgt 400. 1) Vermacht sind 400; hier kann der Legatar immer nur 300 beanspruchen ohne Rücksicht auf eine später eintretende Vermehrung des Nachlasses. 2) Vermacht sind 500, der Nachlaß vermehrt sich auf 800; dann sind von dem Legat behufs Berechnung der Quarta 100 vorläufig abzusetzen, demnach beträgt die Quarta 100: also der Legatar hat zu beanspruchen 300 und dazu die 100 aus der Vermehrung der Erbschaft, mithin 400. 3) Wären in dem gleichen Falle 600 vermacht, so würden auf das Legat jetzt 500 entfallen. 4) Würde der Nachlaß beim Vermächtniß von 600 auf 500 gewachsen sein, so wären jetzt dem Legatar 400 zu entrichten. Nach der gemeinen Meinung hat der Legatar in allen Fällen immer nur auf 300 Anspruch.

19) Dernburg S. 333 Anm. 21 beruft sich auf l. 4 §. 1 D. de separ. 42, 6; aber es zwingt uns nichts, dort bei dem Satze „quae de bonis servari potuit“ hinzuzudenken: mortis tempore. Man darf doch nicht übersehen, daß die Stelle einem Responsum entnommen ist.

mit dem Nachlasse sich erst später zutrugen, konnten auf die Rechtsbeständigkeit der Vermächtnisse keinen Einfluß mehr üben, abgesehen natürlich von dem die vermachte Sache selbst treffenden Untergang. Danach ordneten sich beim Zusammentreffen von Erbschaftsgläubigern und Legataren die Verhältnisse ganz glatt und einfach. Den ersteren haftete der Erbe unbeschränkt, den letzteren nur soweit, als nach Abzug der Schulden vom Nachlaß noch etwas übrig blieb. Diese standen jenen unbedingt nach, gleichviel ob Separation nachgesucht war oder nicht. Die Separation hat für beide überhaupt nur den Erfolg, Gläubiger des Erben von der Concurrenz hinsichtlich des Nachlasses auszuschließen; und für den Legatar ist sie nach neuerem Recht wegen des ihm an den Erbgütern — und zwar an den nach Abfindung der Erbschaftsgläubiger übrig bleibenden — zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes an sich überflüssig. Andererseits aber ist sie für ihn auch an sich mit keinem Nachtheil verknüpft, da er bei Unzulänglichkeit des Nachlasses den Erben überhaupt nicht in Anspruch nehmen könnte.[20]) Nur in dem Falle kann für ihn die Separation mit einem Vortheil oder auch einem Nachtheil verknüpft sein, wenn nach Antritt der Erbschaft ein Erwerb aus derselben vom Erben gemacht ist, also eine Vermehrung des der Separation unterliegenden Vermögens stattgefunden hat, bezw. wenn eine Verminderung des Nachlasses durch Untergang von Erbschaftsobjekten u. dgl. eingetreten ist.[21])

20) Mithin könnte hier von einem „Aufgeben der Rechte gegen die Person des Erben" (Dernburg S. 334) nicht gesprochen werden.

21) Ein paar Beispiele werden dies veranschaulichen. Gesetzt, die Aktivbestandtheile des (zur Zeit des Todes vielleicht erheblich größeren) Nachlasses betragen beim Antritt der Erbschaft 2000, die Schulden 1500, Vermächtnisse sind im

Steht das Vermächtniß einer Erbschaftssache (im klassischen Recht ein Vindicationslegat) in Frage,[22]) so ist es selbstverständlich, daß auf den Legatar kein Eigenthum übergeht, wenn nach Abzug der Erbschaftsschulden (bezw. der Quarta) für die Vermächtnißnehmer überhaupt nichts mehr vom Nachlaß übrig bleibt. Schwierigkeiten entstehen nur, wenn der verbleibende Aktivbestand des Nachlasses bloß zur theilweisen Entrichtung der Vermächtnisse zulänglich ist, da hier das Eigenthum an einer Quote des vermachten Gegenstandes auf den Legatar übergeht. Wenn hier der Erbe das Vermächtnißobjekt ohne Zustimmung des Legatars behufs Befriedigung der Erbschaftsgläubiger

Betrage von 1000 ausgesetzt. Hier können die Legatare, mag Separation stattfinden oder nicht, nie mehr als 500 beanspruchen. Sie würden daher, wenn die Separation versäumt ist, bei Insolvenz des Erben immer nur mit einer Forderung von 500 — nicht etwa von 1000 — am Concurse theilnehmen. Ferner wenn die Legatare allein vom beneficium separationis Gebrauch machen, beschränkt sich ihr Anspruch dennoch auf 500. Angenommen, das hinterlassene Vermögen vermehrt sich nach Antritt der Erbschaft auf 3000, so würde die eingetretene Separation für sie den Vortheil haben, daß sie nun die Vermächtnisse unverkürzt erhielten, während ohne solche der Zuwachs dem Erben verbliebe. Umgekehrt, wenn sich der Nachlaß nach erlangter Separation auf 1500 verminderte, so würden die Legatare ausfallen, während sie ohne Separation ihren Anspruch von 500 gegen die Person des Erben behielten. Man könnte vielleicht meinen, daß die Minderung des separirten Vermögens Erbschaftsgläubiger wie Legatare gleichmäßig träfe (so daß auf erstere 1125, auf letztere 375 entfielen); dem widerspicht aber zu entschieden der durchgreifende Grundsatz in l. 6 pr. D. de separat. 42, 6.

22) Darüber vgl. Seuffert a. a. O. S. 90 fg. 132.

verkauft, so würde auf den Erwerber nur die dem Erben verbliebene Quote übergehen. Der Legatar könnte mithin von dem Erwerber seine Quote vindiciren oder die act. comm. divid. gegen ihn erheben, während dieser den Erben wegen theilweiser Eviction auf Ersatz in Anspruch zu nehmen hätte. Dadurch käme aber der Erbe in eine üble Lage, da der Verkauf bloß seines ideellen Antheiles nicht bloß bei beweglichen Sachen, sondern hier auch bei einem Grundstücke praktisch völlig unthunlich ist, weil es sich hier meistens um einen complicirten und dazu noch erst aus dem Kaufpreise des Ganzen zu berechnenden Bruchtheil handelt. Sicher würde der Vindication des Legatars exc. doli entgegenstehen, wenn der Erbe ihm den auf seine Quote der Vermächtnißsache fallenden Antheil des Preises anbietet. Ebenso wenn er dem Legatar von der Insufficienz des Nachlasses und der Nothwendigkeit des Verkaufes Anzeige macht und dieser sich nicht dazu versteht, die ganze vermachte Sache gegen Zahlung des auf sie treffenden Theiles der Erbschaftsschuld oder mit hinreichender Sicherstellung des Erben in betreff des letzteren zu übernehmen. Aber es scheint überhaupt die Vindication ausgeschlossen, wenn der Erbe beim Verkauf der Sache nur bona fide verfuhr. Denn wenn dem Erwerber, wie wir gesehen haben (S. 700) die Sache vom Legatar selbst dann nicht abgenommen werden kann, wenn trotz der Sufficienz des Nachlasses, da andere Befriedigungsobjekte nicht disponibel waren, zum Verkaufe jener Sache geschritten wurde, so wird dies um so mehr in unserem Falle behauptet werden müssen. [23]) Der Legatar kann hier also immer nur den Werth der ihm zukommenden Quote der Vermächtnißsache mit persönlicher Klage

23) Es braucht nicht erst ein weitläufiges iudicium communi dividundo zwischen dem Erben und Vermächtnißnehmer vorauszugehen, wie Seuffert annimmt.

vom Erben fordern. Und er bleibt auf diesen persönlichen Anspruch auch in dem Falle beschränkt, daß der Erbe den empfangenen Kaufpreis hinterher nicht zur Bezahlung von Erbschaftsschulden verwendet hat und selbst zahlungsunfähig ist. Haben endlich die Erbschaftsgläubiger in Ausübung des ihnen zustehenden Rechtes die vermachten Sachen zum Zwangsverkauf gebracht, so bedarf es keines besonderen Nachweises, daß von einem dinglichen Anspruch der Legatare überhaupt nicht mehr die Rede sein kann.

Gehen wir nunmehr auf das neueste justinianische Recht über, so kann darüber wohl füglich kein Zweifel obwalten, daß der Erbe, wenn er ein vorschriftsmäßiges Inventar gefertigt hat, den Legataren wie den Erbschaftsgläubigern nicht über den gegenwärtigen Bestand des Nachlasses hinaus haftet,[24]) während er anderenfalls seit Nov. 1. c. 2 auch die Vermächtnisse voll zu entrichten hat. Selbst wenn man daher annehmen wollte, daß vor der justinianischen Neuerung für die Frage nach der Rechtsbeständigkeit der Vermächtnisse der Aktivbestand des Nachlasses im Augenblick des Todes des Erblassers entscheidend war, so wäre sicher nunmehr, im Falle der Errichtung eines Inventars diese Annahme nicht aufrecht zu erhalten.[25])

24) l. 22 §. 4. 10. 14 c. C. de iure delib. 6, 30. Daß der Erbe den Vermächtnißnehmern nicht weiter haftet, wird als ein bestehender Grundsatz von Justinian vorausgesetzt; nur der Wegfall der quarta Falcidia, wenn kein Inventar errichtet wird, ist etwas Neues. Spätere Verminderungen des Nachlasses nach der Inventarisirung treffen die Gläubiger, Vermehrungen kommen ihnen zu statten; vgl. Mühlenbruch in dem Comment. Th. 41 S. 404 fg. Das gilt auch für die Legatare; die Quarta wird dadurch natürlich nicht berührt.

25) Diese Meinung vertreten Voet comm. ad Pand. l. 28. tit. 8. §. 22. Zoesius comm. ad Pand. 28, 8 nr. 11.

Von einer Collision der Erbschaftsgläubiger und Legatare kann in diesem Falle auch nicht mehr gesprochen werden. Der Erbe kann zwar Gläubiger und Legatare wie sie sich melden befriedigen, die nichtbefriedigten Gläubiger können sich aber an die Legatare halten.[26]) Auch der Verkauf der Vermächtnißgegenstände zum Zwecke der Liquidation des Nachlasses kann von den Legataren nicht angefochten werden.[27])

Hat der Erbe die Fertigung des Inventars unterlassen, so könnte, da der Erbe hier auch den Vermächtniß-

Fachineus controv. l. VI. c. 30; sehr entschieden erklärt sich dagegen Voorda comm. ad l. Falc. c. 8 §. 20. Er beruft sich darauf, daß doch l. 73 pr. D. ad l. Falc. 35, 2 unmöglich aufgenommen und in §. 2 J. eod. 2, 22 wiederholt sein könnte, wenn durch l 22 C. cit. eine Aenderung eingeführt wäre. Gewiß richtig! Aber dadurch wird m. E. umgekehrt nur die unrichtige Auffassung jener Stellen unwiderleglich bewiesen. Der gute Rath, welcher in jenen Stellen gegen die angebliche Haftung über den gegenwärtigen Bestand des Nachlasses hinaus ertheilt wird, nämlich vor Antritt der Erbschaft, den der Erbe ja unterlassen könne, mit den Legataren sich zu vergleichen, wäre nunmehr doch geradezu verkehrt, da das beneficium inventarii — und durch das Inventar wird doch erst der Bestand des Nachlasses festgestellt — ja schon Antritt der Erbschaft voraussetzt. In der Rechtsliteratur des 17. und 18. Jahrh., namentlich der praktischen, taucht diese Controverse, wie es scheint, nicht weiter auf; es handelt sich da immer nur um die Frage, ob durch Verminderungen des Nachlasses nach Fertigung des Inventars, die Vermächtnisse verkürzt werden. Von den Neueren vgl. auch Unger a. a. O. (oben Anm. 10).

26) l. 22 §. 5 C. cit.

27) Vgl. l. 22 §. 6. 8. C. cit. Anderer Ansicht ist Seuffert S. 98 Anm. 8.

nehmer in solidum haftet, eine Collision zwischen diesen und den Erbschaftsgläubigern in folgenden Fällen zur Sprache kommen.

1) Weder Erbschaftsgläubiger noch Vermächtnißnehmer verlangen Separation.[28]) Es liegt auf der Hand, daß hier beide mit dem vollen Betrage ihre Forderungen sowohl mit einander wie mit den Gläubigern des Erben concurriren. Fraglich ist es nur, wie es sich hier bei dem Vermächtniß von Erbschaftssachen verhält. Im klassischen Recht mußte die per vindicationem legirte Sache ganz bezw., wenn der Nachlaß zur vollen Entrichtung der Vermächtnisse unzulänglich war, zu der betreffenden Quote aus dem Nachlaß ausscheiden, so daß der Legatar, auch wenn keine Separation nachgesucht war, sein Eigenthum den Gläubigern des Erben gegenüber geltend machen konnte. Darin wurde auch durch das beneficium inventarii nichts geändert. Wenn nun Justinian bestimmte, daß im Falle der Nichterrichtung eines Inventars der Erbe die Vermächtnißnehmer vollständig zu befriedigen habe, so kann dies nur den Sinn haben, daß derselbe über den Reinbestand des Nachlasses den Vermächtnißnehmern haften,[29]) nicht aber, daß den letzteren auch das Eigenthum an den vermachten Sachen ohne Rücksicht auf die Sufficienz des Nachlasses voll erworben werden solle.[30]) Mithin wird für den Legatar

28) Ueber diesen Fall vgl. Fritz a. a. O. S. 239.

29) Nov. 1. c. 2 §. 2: *πληρώσει τοὺς ληγαταρίους κἂν εἰ τὸ τῆς καθαρᾶς οὐσίας τοῦ τελευτήσαντος ὑπερβαίνη μέτρον ἡ τῶν ληγάτων δόσις* (complebit legatarios, licet purae substantiae morientis transcendat mensuram legatorum datio).

30) Vgl. Seuffert S. 91. Fritz S. 233 fg., der sich sowohl über das Eigenthum wie über das Pfandrecht des Legatars, was den den Bestand des Nachlasses überstei=

einzig hinsichtlich der ihm ohnehin zuständigen Quote der vermachten Sache ein Vindicationsrecht begründet sein; sonst hat er lediglich einen persönlichen Anspruch auf Leistung des Werthes des übrigen Theiles des Vermächtnißgegenstandes, und hinsichtlich dieses persönlichen Anspruches findet die bemerkte Concurrenz zwischen ihm, den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben statt.[31]) Nun complicirt sich das Verhältniß aber wieder durch das dem Legatar an den Erbschaftsgütern zustehende gesetzliche Pfandrecht, welches ihm den Vorzug vor den Gläubigern des Erben verschafft. Gesetzt, die Nachlaßaktiva betragen 3000, die Passiva 2000, die angeordneten Vermächtnisse 2000; der Erbe hat in seinem Vermögen an aktiven Bestandtheilen 1000 und Schulden im Betrage von 2000. Dann würden die Gläubiger und Vermächtnißnehmer an sich zu gleichen Theilen concurriren; vermöge des den letzteren zustehenden Pfandrechtes aber müßten diese vor den Gläubigern des Erben zur Befriedigung gelangen. Mithin würden die Erbschaftsgläubiger $1333^1/_3$, die Legatare 2000, die Gläubiger des Erben $666^2/_3$ erhalten. Angenommen, es wäre ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück im Werthe von 2000 vermacht, so würde zunächst das Eigenthum an der Hälfte desselben dem Legatar zukommen, und er behielte

genden Theil des Vermächtnisses anbetrifft, zweifelnd äußert.

31) Möglicherweise wollte Justinian auch, daß erst nach Abfindung der Gläubiger der Legatar einen Anspruch hinsichtlich des über die Nachlaßmasse hinausgehenden Theiles des Vermächtnisses sollte geltend machen können, indem er daran dachte, daß nur dem Erben aber nicht den Gläubigern, am wenigsten den Erbschaftsgläubigern die Verletzung seiner Vorschrift zum Nachtheil gereichen dürfte; indessen einen Ausdruck hat dieser Gedanke im Gesetze jedenfalls nicht gefunden.

noch eine Forderung von 1000 gegen den Erben, welche aber durch ein Pfandrecht an der anderen Hälfte des Grundstückes gesichert ist. Mithin würden der Legatar 1000, die Erbschaftsgläubiger 1200, die Gläubiger des Erben 800 bekommen; während, wenn man annehmen wollte, daß das ganze Grundstück in das Eigenthum des Legatars falle, erstere und letztere Gläubiger die gleiche Summe (1000) erhalten müßten. (Vgl. Anm. 35.)

2) Keine Schwierigkeit bereitet der Fall, wenn einzig die Erbschaftsgläubiger vom beneficium separationis Gebrauch machen. Diese werden dann voll befriedigt. Der Rest des Nachlasses und das Vermögen des Erben fällt seinen Gläubigern und dem Vermächtnißnehmer zu; nur darf man auch hier nicht übersehen, daß jener Rest des Nachlasses dem letzteren pfandrechtlich haftet. Also könnten in dem gewählten Beispiele der Legatar $1333^1/_3$, die Gläubiger des Erben $666^2/_3$ beanspruchen. Befindet sich in dem Reste des Nachlasses eine vermachte Sache (z. B. wenn von den zwei vermachten Grundstücken nur eines behufs Abfindung der Erbschaftsgläubiger verkauft zu werden brauchte) so versteht es sich von selbst, daß dem Legatar hinsichtlich dieser das Vindicationsrecht zusteht.

3) Erbschaftsgläubiger und Legatar suchen Separation nach. Zweifellos, daß erstere dem letzteren auch hier vorgehen, der Legatar also nur den Rest des Nachlasses erhält.[32]) Damit verliert dieser aber nicht[33]) den ihm durch die Nov. 1. c. 2 §. 2 gewährten Anspruch gegen den Erben. Soweit das Vermächtniß den Aktivbestand

32) Daß auch im Falle der Novella die Separation den Erbschaftsgläubigern einen Vorzug vor den Legataren gewährt, ist eigentlich selbstverständlich; vgl. aber gegen mögliche Bedenken Fritz a. a. O. S. 244.

33) Wie Fritz anzunehmen scheint.

der Erbschaft übersteigt, kann die Separation auf den Anspruch des Legatars überhaupt keine Wirkung ausüben. Der Legatar will dadurch, daß er von dem beneficium separationis Gebrauch macht, nur die Concurrenz der Gläubiger des Erben, soweit das Vermächtniß in der Erbschaft Deckung findet, ausschließen, aber nicht etwa sein Recht gegen den Erben, sofern das Vermächtniß über die Nachlaßmasse hinausgeht, aufgeben. Oder man müßte dann etwa in dem Nachsuchen der Separation die Erklärung des Legatars finden wollen, daß er für seinen ihm über den Bestand des Nachlasses hinaus wegen unterlassener Inventarisirung nach dem Gesetze zukommenden Anspruch aus dem Vermächtniß sich einzig an den Nachlaß halten wolle! Demgemäß wird der Legatar seinen Anspruch auf dieses Plus noch immer gegen den Erben verfolgen können, wobei aber mit ihm die Gläubiger des Erben concurriren. Das schließliche Ergebniß wäre also genau dasselbe wie im vorigen Falle.

4) Einzig der Legatar hat von dem beneficium separationis Gebrauch gemacht.[34]) Die Entscheidung dieses Falles ist nicht unzweifelhaft. Am nächsten würde es liegen — und zugleich am einfachsten wäre es —, dem Legatar für den ganzen Betrag des Vermächtnisses, also ohne Abzug der Erbschaftsschulden, aus dem Nachlaß Befriedigung zu gewähren. Dem steht aber die Erwägung entgegen, daß die Erbschaftsgläubiger durch die persönliche Haftung des Erben für den an sich nicht rechtsbeständigen Theil des Vermächtnisses nicht beeinträchtigt werden können. Wir werden also auch hier sagen müssen, daß der Legatar trotz der Separation aus dem Nachlaß einzig den durch den Aktivbestand desselben gedeckten Theil des Vermächtnisses

34) Dieser Fall wird ebenso wie der zweite von Fritz nicht berührt.

in Anspruch nehmen kann. Hinsichtlich des Restes concurrirt er mit den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben, behält aber letzteren gegenüber sein Pfandrecht an den nach verhältnißmäßiger Befriedigung der ersteren übrig bleibenden Nachlaßbestandtheilen. In dem gewählten Beispiele würde also der Legatar zuerst 1000 aus dem Nachlaß (bezw. wenn es sich um das Vermächtniß eines Erbschaftsgrundstückes handelt, die Hälfte desselben) erhalten. Es bleiben mithin zur Vertheilung 3000. Davon würden auf die Erbschaftsgläubiger 1200, auf den Legatar 1000, auf die Gläubiger des Erben 800 entfallen;[35]) wären Nachlaßstücke, die pfandrechtlich hafteten, nicht mehr vorhanden, so würde sich der Anspruch des Legatars auf 600 verringern und der Anspruch der Gläubiger des Erben auf 1200 erhöhen.

Dies wären die Hauptfälle einer Collision der Vermächtnißnehmer mit Gläubigern des Erblassers und des Erben. Wenn hier schon manche Schwierigkeiten hinsichtlich der rechtlichen Behandlung ihrer Ansprüche hervortreten, so mehren sich noch die Verwickelungen, wenn den einen Legataren verschiedene Nachlaßsachen, den anderen Geldsummen vermacht sind, die einen Erbschaftsgläubiger oder Legatare Separation nachsuchen, die anderen an ihr nicht theilnehmen, wenn einzelne Nachlaßbestandtheile und

35) So wenn man annimmt, daß dem Legatar ein gesetzliches (aber wohlgemerkt nur gegen die Gläubiger des Erben wirksames) Pfandrecht an den Erbgütern auch für seinen den Reinbetrag der Erbschaft übersteigenden Vermächtnißanspruch zusteht. Ist man dagegen der Meinung, daß das Pfandrecht nur für den durch den Aktivbestand des Nachlasses gedeckten, also vor der Nov. 1 allein rechtsbeständigen Theil des Vermächtnisses besteht, so würden hier sowohl wie in dem Falle unter Nr. 1) die Gläubiger des Erblassers und des Erben je 1200, der Legatar 1600 erhalten.

Vermächtnißgegenstände behufs Befriedigung von Gläubigern oder Legataren verkauft, andere im Nachlaß verblieben sind u. dgl. m. Auf diese einzelnen Fälle näher einzugehen, können wir uns um so mehr ersparen, als die dort anzuwendenden Rechtsgrundsätze immer dieselben bleiben und die sich ergebenden Schwierigkeiten mehr faktischer als juristischer Natur sind.

Die Grundsätze des justinianischen Rechtes haben auch in den neueren Gesetzgebungen überwiegend Anerkennung gefunden.[36]) Wie sich aber dort ihre Durchführung im Einzelnen gestaltet, ist hier nicht der Ort, weiter auszuführen, da diese Frage in engstem Zusammenhange mit den vielfach von einander abweichenden Vorschriften steht, welche über die Regelung der durch den Erbschaftserwerb zwischen dem Erben einerseits und den Nachlaßgläubigern und Vermächtnißnehmern andererseits entstehenden Verhältnisse und über die Realisirung der Ansprüche der letzteren getroffen sind.

§. 1529.

Dieser Paragraph ist bereits in dem Commentar §. 1517. a. (Th. 46 S. 6 fg.) behandelt worden.

36) Vgl. Allg. preuß. Landrecht I. 9 §. 418. 419. 429. I. 12. §. 296 und dazu Gruchot preuß. Erbrecht I. S. 139 fg. Beiträge z. Erläuter. d. preuß. R. II. S. 52 fg. Koch preuß. Erbrecht S. 1092. Förster preuß. Privatr. III. §. 252 Anm. 10. §. 270 Anm. 16. Oesterreichisches Gesetzb. §. 801; dazu Unger österreich. Erbrecht §. 42. §. 55 Anm. 4. §. 66. Code civil art. 873. Bayr. Landr. III. 1. 6. Nr. 3; Roth bayr. Civilr. III. §. 369. Anm. 15. Entwurf e. bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich §. 2092 und Motive V. S. 602 fg. Abweichend ist das Sächsische Gesetzb. §. 2328. 2443, nach welchem der Erbe nie über den Reinbestand der Erbschaft den Vermächtnißnehmern haftet.

Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.